

المعاني

شرح بداية المبتدي

للإمام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني

٥١١ - ٥٩٣ هـ

طبعة جديدة ملونة مع تعليقات مفيدة
قام بإعداده وتصحيح أخطائه العلمية والمطبعية
ومخرج أحاديثه نعمة من متخصصي الفقه والحديث

على أساس حاشية

الشيخ عبدالحفي اللكنوي

١٢٦٤ - ١٣٠٤ هـ

المجلد السابع

كتاب الشفعة - القسمة - المزارعة - المساقاة - الذبائح - الأضحية

الكراهية - أحياء الموات - الأشربة - الصيد - الرهن

مكتبة المصطفى
كلية الشريعة - مكة المكرمة

المجلد السابع

شرح بداية المبتدي

للإمام برهان الدين أبي الحسين محمد بن أبي بكر الخوافي

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

المجلد السابع

كتاب الشفعة	كتاب القسمة	كتاب المزارعة	كتاب المساقاة
كتاب الذبائح	كتاب الاضحية	كتاب الكراهية	كتاب احياء الموات
كتاب الاشربة	كتاب الصيد	كتاب الرهن	

طبعة جديدة مصححة ملونة بحواشي جديدة ومفيدة

قامت بإعداده جماعة من العلماء المتخصصين في الفقه والحديث

وراجعوا حواشيه وخرجوا أحاديثه وقاموا بتصحيح أخطائه

مكتبة النشر
كراتشي باكستان

سعر مجموع ثمانی مجلدات
800/= روبیة باکستانیة
(مکمل ۸ جلدیں: 800/= روپے)

الطبعة الأولى: ۱۴۲۸ھ - ۲۰۰۷م
الطبعة الثانية: ۱۴۲۹ھ - ۲۰۰۸م



AL-BUSHRA Publishers
Choudhri Mohammad Ali Charitable
Trust (Regd.)

Z-3 Overseas Bungalows Block 16-A
Gulistan-e-Jauhar Karachi - Pakistan

هاتف: +92-21-7740738

فاکس: +92-21-4018902

الموقع على الإنترنت: www.ibnabbasaisha.edu.pk

البريد الإلكتروني: al-bushra@cyber.net.pk

یطلب من:

مکتبة البشري، کراتشي +92-321-2196170

مکتبة الحرمین، لاہور +92-321-4399313

وغيرهما من المکتبات المشهورة

كتاب الشُّفْعة

الشُّفْعة مشتقة من الشَّفْع، وهو الضمُّ، سُمِّيَتْ بها؛ لما فيها من ضمِّ المشتراة إلى عقار الشَّفيع. قال: الشُّفْعة واجبةٌ للخليط في نفس المبيع، ثم للخليط في حق المبيع، كالشُّرب والطريق، ثم للجار، أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشُّفْعة لكل واحد من هؤلاء، وأفاد الترتيب. أما الثبوت؛ فلقوله عليه السلام: "الشُّفْعة لشريك لم يقاسم"،*

كتاب الشُّفْعة: وجه مناسبة الشُّفْعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما، والحق تقديمها عليه؛ لكونها مشروعة دونه، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات، والأشربة، والإيجارات، والشركات، والزراعات أوجب تقديمها، وسببها: اتصال ملك الشَّفيع بملك المشتري، وشرطها: كون المبيع عقاراً. [العناية ٢٩٣/٨ - ٢٩٤] هي تملك البقعة بما قام على المشتري بالشركة أو الجوار. [الكفاية ٢٩٣/٨] ضم المشتراة إلخ: لأنه يضم بسبب داره ملك جاره إلى نفسه. [البنية ٣٢١/١] في نفس المبيع: كالأرض المشتركة بين الرجلين.

في حق المبيع: [أي ما يتوقف عليه الانتفاع من المبيع] وهو الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق والشُّرب الخاصين، وإنما قيدنا بذلك؛ لأنهما إذا كانا عامين لم يستحق بهما الشُّفْعة على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى. [البنية ٣٢٢/١٠] وأفاد الترتيب: صورته: منزل بين اثنين وسكة غير نافذة، باع أحد الشريكين نصيبه، فالشريك في المنزل أحق بالشُّفْعة، فإن سلم فأهل السكة أحق، فإن سلموا فالجار، وهو الذي على ظهر المنزل، وباب داره في سكة أخرى. [البنية ٣٢٣/١٠]

لشريك لم يقاسم: أي ثبتت الشُّفْعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة، أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار، فحيث لا شُّفْعة. [العناية ٢٩٥/٨] وأما الثبوت في حق المبيع؛ فلقوله عليه السلام: الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشَّفيع، سيأتي تحريجه.

* قلت: (هذا اللفظ) غريب. [نصب الراية ١٧٢/٤]، ولكن أخرج مسلم عن عبد الله بن إدريس عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال قضى رسول الله ﷺ بالشُّفْعة في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به. [رقم: ١٦٠٨، باب الشُّفْعة]

ولقوله ﷺ: "جار الدار أحق بالدار والأرض، ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً"،* ولقوله ﷺ: "الجار أحق بسقبة" قيل: يا رسول الله ما سقبة؟ قال "شفعته"،** ويروى: "الجار أحق بشفعته"،*** وقال الشافعي رحمه الله: لا شفعة بالجوار، لقوله ﷺ: "الشفعة فيما لم يقسم،

ينتظر: أي الشفيع يكون على شفيعته وإن غاب؛ إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة. [نتائج الأفكار ٢٩٦/٨] إذا كان طريقهما أح: المراد به جار هو شريك في الطريق، وثبت الحكم في الشرب دلالة؛ لأن الشفعة إنما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار الحاجة، وقد وجدت في الشرب. [الكفاية ٢٩٦/٨] لا شفعة بالجوار: وكذا بالشركة في الحقوق كالطريق والشرب؛ لأن ذلك كالجوار، وكذا فيما لا يحتل القسمة كالنهر والبئر، وبه قال مالك وأحمد. [البنية ٣٢٩/١٠] فيما لم يقسم: ووجه الاستدلال: أن اللام للجنس كقوله ﷺ: "الأئمة من قريش"، فتتخصص الشفعة فيما لم يقسم، يعني إذا كان قابلاً للقسمة، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده، وأنه قال: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه، وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم، وأما الشريك في حق المبيع والجار، فحق كل منهما مقسوم، فلا شفعة فيه. [العناية ٢٩٦/٨]

* هو مركب من حديثين، فصدر الحديث أخرجه أبو داود في "البيوع"، والترمذي في "الأحكام"، والنسائي في "الشروط". [نصب الراية ١٧٢/٤] أخرجه أبو داود في "سننه" عن شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمره عن النبي ﷺ قال: "جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض". [رقم: ٣٥١٧، باب في الشفعة] وبقية الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة. [نصب الراية ١٧٣/٤] أخرجه أبو داود في "سننه": عن عبد الملك بن أبي سليمان بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً". [رقم: ٣٥١٨، باب في الشفعة]

** أخرج البخاري في "صحيحه" عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع مولى النبي ﷺ أنه سمع النبي ﷺ يقول: "الجار أحق بسقبة". [رقم: ٢٢٥٨، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع]

*** تقدم في حديث جابر عند الترمذي. [نصب الراية ١٧٤/٤] أخرجه الترمذي في "جامعه" عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: "الجار أحق بشفعته ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً". [رقم: ١٣٦٩، باب ما جاء في الشفعة للغائب]

فإذا وقعت الحدود وصُرِفَت الطُّرُق فلا شفعة* ولأن حقَّ الشُّفْعَةِ معدولٌ به عن سُنَنِ القِيَّاس؛ لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه، وقد ورد الشرع به فيما لم يُقَسَّم، وهذا ليس في معناه؛ لأن مؤنَّة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع. ولنا: ما روينا، ولأن ملكه متصل بملك الدَّخِيل اتصالاً تأييداً وقراراً، فيثبت له حقُّ الشُّفْعَةِ عند وجودِ المعاوضة بالمال اعتباراً بموردِ الشرع؛
الشريك في نفس المبيع

وصرفت الطرق: أي جعل لكل قسم طريق على حدة، فلا شفعة. (البنية) عن سنن القياس: فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلاً، لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم، فلا يلحق به غيره قياساً أصلاً، ولا دلالة إذا لم يكن في معناه من كل وجه. (العناية) وهذا: أي الجار، يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع؛ لأن ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التي تلزمه. [العناية ٢٩٧/٨]

في الأصل: أي فيما لم يقسم، ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم، ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده، بل فيه وفي الشريك في حق المبيع؛ لأنه مقسوم أيضاً، وفيما لم يحتمل القسمة كالبر والحماء. [العناية ٢٩٧/٨] ولنا ما روينا [من قوله عليه السلام: "الجار أحق بسقبة"] قال الإمام الحلواني: تركوا العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته وصحته، والعجب منهم أنهم سمو أنفسهم بأصحاب الحديث، وقد أخرج ابن أبي شيبة عن أبي أسامة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد عن أبيه، قلت: يارسول الله! أرضي ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار، قال: "الجار أحق بسقبة ما كان". وسمي الزوجة جاراً؛ لأنها تجاوره في الفراش لا أنها تشاركه. [البنية ٣٣١/١٠]

بملك الدخيل: أي متصل بما ملك المشتري بالشراء. (البنية) تأييداً وقراراً: احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية، وذكر القرار احترازاً عن المشتري شراءً فاسداً؛ فإنه لا قرار له؛ إذ الواجب النقص دفعاً للفساد. [الكفاية ٢٩٨/٨] وجود المعاوضة إلخ: احتراز به عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهراً. (البنية) اعتباراً: أي إلحاقاً بالدلالة بمورد الشرع، وهو ما لا يقسم. [البنية ٣٣٣/١٠]

* أخرجه البخاري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله قال: قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. [رقم: ٢٢٥٧، باب الشفعة فيما لم يقسم]

وهذا لأنَّ الاتصالَ على هذه الصِّفةِ إنما انتصَبَ سبباً فيه؛ ^{للدفع} ضرر الجوار؛ إذ هو ^{اتصال تأييد وقرار} مادة المضار على ما عرف، وقطعُ هذه المادة بتملك الأصل ^{أولى؛ لأن الضرر في} ^{الشفيع} حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى، وضرر القسمة مشروع لا يصلح علةً لتحقيق ضرر غيره. وأما الترتيب؛ فلقوله ^{عليه السلام}: "الشَّريكُ أحقُّ من الخليط، والخليطُ أحقُّ من الشَّفيع"،* فالشريك في نفس المبيع، والخليط في حقوق المبيع، والشفيع هو الجار،

وهذا إلخ: هذا كأنه جواب عن قوله: وهذا ليس في معناه. (البنية) ٣٣٣/١٠. [البنية ٣٣٣/١٠] أي لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام، حتى لا يثبت للمستأجر والمستعير؛ إذ هو مادة المضار من وجوه مختلفة. وقطع هذه المادة: جواب إشكال، وهو أن يقال: الشفيع أن يتضرر بالدخيل، والدخيل أيضاً يتضرر بتملك الشفيع ماله عليه، فأجاب بأن قطع هذه المادة. (البنية) وضرر القسمة: هذا جواب عن قول الشافعي ^{رحمته الله}: لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل عند بيع أحد الشريكين؛ لأنه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة. [البنية ٣٣٣/١٠]

لا يصلح علة: يعني أن ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعاً، وما وجب شرعاً وصار حقاً عليه لا يصلح علة لتحقيق ضرر المشتري بتملك ماله بغير رضاه، وإنما المرفوع ضررٌ ليس بحقٍ عليه شرعاً. [الكفاية ٣٠١/٨ - ٢٩٩] ضرر غيره: وهو التملك على المشتري من غير رضاه لدفع ضرر القسمة. [البنية ٣٣٤/١٠] الشريك أحق إلخ: أي الشريك راجح في حق الشفعة بالنسبة إلى الخليط، فلذا يتقدم على الخليط، وإن كان للخليط استحقاق معه، بخلاف الابن وابن ابن آخر؛ لأن شرط استحقاقه عدم الابن، فهنا لو أسقط الابن حقه في التركة لا يثبت لابن الابن حق فيها مع وجود الابن، والحاصل أن الشريك صاحبٌ للخليط في الحكم، والابن حاجب لابن ابن آخر في النسب. [حاشية البنية ٣٣٦/١٠]

*غريب، وذكره ابن الجوزي في "التحقيق"، وقال: هذا حديث لا يعرف. وأما المعروف فما رواه سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك ^{رحمته الله} عن هشام بن المغيرة الثقفي قال: قال الشعبي: قال رسول الله ^{صلى الله عليه وسلم}: "الشفيع أولى من الجار، والجار أولى من الجنب". [نصب الرأية ١٧٦/٤] وروى عبدالرزاق في "مصنفه" عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه. [٧٩/٨، باب الشفعة بالجوار والخليط أحق]

ولأن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى؛ لأنه في كل جزء، وبعده الاتصال في الحقوق؛
لأنه شركة في مرافق الملك، والترجيح يتحقق بقوة السبب، ولأن ضرر القسمة
إن لم يصلح علة صلح ^{منافع} مرجحاً. قال: وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة
مع الخليط في الرقبة؛ لما ذكرنا أنه مقدم. قال: فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق،
فإن سلم أخذها الجار؛ لما بينا من الترتيب، والمراد بهذا الجار الملاصق، وهو الذي على
ظهر الدار المشفوعة، وبابه في سكة أخرى، وعن أبي يوسف ^{في غير ظاهر الرواية} رحمه الله: أن مع وجود
الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى؛ لأنهم محجوبون به، ووجه الظاهر: أن
السبب قد تقرر في حق الكل، إلا أن للشريك حق التقدم، فإذا سلم كان لمن يليه
بمنزلة دين الصحة مع دين المرض، والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها، كما
في منزل معين من الدار، أو جدار معين منها، وهو مقدم على الجار في المنزل،
الدار

صلح مرجحاً: لأن القسمة أمر مشروع يصح مرجحاً. (البنية) فإن سلم: أي الشريك في نفس المبيع. (البنية)
أخذها الجار: لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع؛ ليتمكن الأخذ
إذا سلم الشريك، فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك. (العناية) على ظهر الدار: احتراز به
عن الجار المقابل. (الكفاية) سكة أخرى: احتراز عما إذا كان بابه في سكة غير نافذة في هذه
الدار. [الكفاية ٣٠١/٨] محجوبون به: فلا فرق؛ إذ ذاك بين الأخذ والتسليم. [العناية ٣٠١/٨]
دين الصحة: أي كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في الشركة، فإنه إذا أسقط حقهم بالإبراء كانت
التركة لغرماء المرض لديونهم؛ لأن سبب استحقاقهم ثابت. (النهاية)

في منزل معين: مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت، وفي بيت منها شركة. [العناية ٣٠١/٨]
على الجار: أي الشريك في منزل معين من الدار أو جدار معين منها مقدم على الجار في المنزل، في
"المعنى": ثم الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق أن لا يكون شريكاً في الأرض التي هي تحت
الحائط الذي هو مشترك بينهما، أما إذا كان شريكاً فيه لا يكون مؤخرًا، بل يكون مقدماً. وصورة ذلك: =

وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف رحمته الله؛ لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة. ثم لا بد أن يكون الطريق، أو الشرب خاصاً حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه، فالطريق الخاص: أن لا يكون نافذاً، والشرب الخاص: أن يكون نهراً لا تجري فيه السفن، وما تجري فيه فهو عام، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمتهما الله، وعن أبي يوسف رحمته الله: أن الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراحان، أو ثلاثة، وما زاد على ذلك فهو عام. فإن كانت سكة ^{مستطيلة} غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة، وهي مستطيلة، فيعت دار في السفلى ^{المنشعبة} فلاهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا،

= أن يكون أرض بين اثنين غير مقسومة بنيا في وسطها حائطاً، ثم اقتسما الباقي، فيكون الحائط وما تحت الحائط من الأرض مشتركاً بينهما، فكان هذا الجار شريكاً في بعض المبيع، أما إذا اقتسما الأرض قبل بناء الحائط، وخطاً خطأ في وسطها، ثم أعطى كل واحد منهما شيئاً حتى بنيا حائطاً، فكل واحد منهما جار لصاحبه في الأرض شريك في البناء لا غير، والشريك في البناء لا غير يوجب الشفعة. [الكفاية ٣٠١/٨] وكذا: أي كما هو مقدم على الجار في المنزل كذلك هو مقدم على الجار في بقية الدار. (الكفاية) والبقعة واحدة: لأن كل الدار واحد عن أبي يوسف رحمته الله، والرواية الأخرى: أنه والجار سواء في بقية الدار. [العناية ٣٠١/٨] فيه السفن: قيل: أريد به أصغر السفن. [الكفاية ٣٠٢/٨]

قراحان [أو بستانان أو ثلاثة]: القراح من الأرض كل قطعة على حالها، ليس فيها شجر ولا بناء، وفي "الذخيرة": وعامة المشايخ على أن الشركاء في النهر إذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير، وإن كانوا يحصون فهو نهر صغير، لكن اختلفوا بعد هذا في حد ما يحصى وما لا يحصى، وبعض مشايخنا قالوا: أصح ما قيل فيه: أنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه، إن رآهم كثيراً كانوا كثيراً، وإن رآهم قليلاً كانوا قليلاً. [الكفاية ٣٠٢/٨] دون أهل العليا: لأنه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور، وليس لهم أن يفتحوا فيها باباً، فكانت كالمملوكة لأهلها، بخلاف السكة الواحدة إذا بيعت دار في أقصاها كانت الشفعة بين أهل السكة الواحدة، وإن لم يكن لأهل الأعلى حق المرور في الأقصى؛ لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق فيها واحد، فللكل فيها شركة من أول السكة إلى آخرها، إلا أن شركة البعض أكثر، والترجيح لا يقع بالكثرة على ما عرف. [الكفاية ٣٠٢/٨]

وإن بيعت في العليا فلاهل السكتين، والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي، ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه، فهو ^{الوجه} على قياس الطريق فيما بيناه. قال: ^{المصنف} ولا يكون الرجل بالجدوع على الحائط شفع شركه، ولكنه شفع جوار؛ لأن العلة هي الشركة في العقار، وبوضع الجدوع لا يصير شريكاً في الدار، إلا أنه جار ملازق. قال: والشريك في خشبة تكون على حائط الدار جار؛ لما بينا. قال: وإذا اجتمع الشفعاء، فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم، ولا يعتبر اختلاف الأملاك، وقال الشافعي رحمته: هي على مقادير الأنصباء؛ لأن الشفعة من مرافق الملك، ألا يرى أنها لتكميل منفعته،

فلاهل السكتين: لأن لأهل السفلى حق المرور فيها. (الكفاية) ما ذكرنا: وهو قوله: لأن فتحه للمرور، ولا حق لهم في المرور، وأصل ذلك: أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان، فكل من له ولاية فتح الباب في سكة، فله استحقاق الشفعة في تلك السكة، ومن لا فلا. [العناية ٣٠٢/٨] فهو على قياس إلخ: فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق، فلذلك قال: على قياس الطريق، يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر، لا لأهل النهر الصغير كما ذكرنا الحكم في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى. [الكفاية ٣٠٢/٨]

فيما بيناه: يعني قوله: فإن كانت سكة غير نافذة ينشعب منها سكة غير نافذة إلخ. [العناية ٣٠٢/٨] والشريك في إلخ: قال الكاكي: وتأويله: إذا كان وضع الخشبة على الحائط من غير أن يملك شيئاً من رقبة الحائط؛ لأنه إذا كان هكذا يكون جاراً لا شريكاً. (البنية) لما بينا إلخ: أن العلة هي الشركة في العقار، فبالشركة في الخشبة لا يكون شريكاً في الدار. [الكفاية ٣٠٢/٨] قال: أي محمد في بيع "الجامع الصغير". [البنية ٣٤٧/١٠]

ولا يعتبر اختلاف إلخ: بيانه: دار بين ثلاثة: لأحدهم نصفها، ولآخر ثلثها، ولآخر سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه، وطلب الآخرين الشفعة، قضى بالشفص المبيع بينهما عند الشافعي رحمته أثلاثاً بقدر ملكهما، وإن باع صاحب السدس نصيبه قضى بينهما أحماساً، وإن باع صاحب الثلث قضى بينهما أرباعاً، وعندنا قضى بينهما نصفان في الكل، وكذلك على أصلنا إذا بيعت ولها جاران: جار من ثلاثة جوانب، والآخر من جانب واحد، وطلبا الشفعة فهو بينهما نصفان. [الكفاية ٣٠٣/٨]

فأشبه الربح والغلة والولد والثمرة. ولنا: أنهم استتوا في سبب الاستحقاق، وهو الاتصال، فيستون في الاستحقاق، ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة، وهذا آية كمال السبب، وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة، والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرتة،

فأشبه الربح: فإن الشريكين إذا اشترى شيئاً بخمسة عشر درهماً مثلاً، ومال أحدهما خمسة ومال الآخر عشرة، ثم باعاه، فربحاً ثلاثة دراهم، فالدرهمان لصاحب العشرة، والدرهم الواحد لصاحب الخمسة؛ لأن الربح تبع للمال، فكان بينهما على قدر رأس مالهما. [الكفاية ٣٠٣/٨] والغلة: أي وأشبه غلة العقار المشترك بين اثنين أثلاثاً يكون أثلاثاً. (البنية) والولد والثمرة: أي وأشبه الولد من الجارية المشتركة، أو البهيمة المشتركة يكون فيه الملك لكل واحد بقدر الملك في الأم، وكذلك ثمرة النخل المشترك. [البنية ٣٤٨/١٠] استتوا: وذلك لأن سبب استحقاق الشفعة إما الجوار أو الشركة، وقد استتوا في أصل ذلك؛ فإن صاحب القليل شريك لصاحب الكثير، وجار؛ لاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير. (النهاية)

استحق كل الشفعة: يعني أن صاحب الكثير لو باع نصيبه، كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالاتفاق، كما لو باع صاحب القليل كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع؛ لما أن ملك كل جزء علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة، فإنما اجتمع في حق صاحب الكثير علة، وفي حق صاحب القليل علة واحدة، والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل، ألا ترى أن أحد المدعين لو أقام شاهدين، والآخر عشرهما سواء، وكذلك لو أن رجلاً جرح رجلاً جراحة واحدة، وجرحه آخر عشر جراحات، فمات استويا في حكم القتل. [الكفاية ٣٠٣/١٠] وكثرة الاتصال: هذا جواب عما يقال: الاتصال سبب الاستحقاق، وصاحب الكثير أكثر اتصالاً، فأن يتساويان. [البنية ٣٥٠/١٠]

بكثرة العلة: لأن الاتصال بكل جزء علة. (البنية) والترجيح يقع بقوة إلخ: كالشريك يرجع على الجار، وكجز الرقبة مع جرح الآخر، فإن حكم القتل يضاف إلى الجاز لا إلى الجارح بالاتفاق. (الكفاية) لا بكثرتة: [كما في الشاهدين و عشرة شهود. (البنية)] لأن ما يصلح علة بانفراده لا يصلح مرجحاً؛ لأن عند ظهور الترجيح كان المرجوح مدفوعاً بالراجع، وههنا حق صاحب القليل لا يبطل أصلاً، فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة. [الكفاية ٣٠٣/٨]

ولا قوة ههنا؛ لظهور الأخرى بمقابله، وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه، بخلاف الثمرة وأشباهاها. ولو أسقط بعضهم حقه، فهي للباقي في الكل على عددهم؛ لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم، وقد انقطعت، ولو كان البعض غيباً يقضى بها بين الحضور على عددهم؛ لأن الغائب لعله لا يطلب. وإن قضي لحاضر بالجميع، ثم حضر آخر يُقضى له بالنصف، ولو حضر ثالث، فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية، فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف؛ لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء. قال: والشفعة تجب بعقد البيع، ومعناه: بعده لا أنه هو السبب؛ لأن سببها الاتصال على ما بيناه.

وتملك ملك إلخ: جواب عما قاله الشافعي رحمه الله: إن الشفعة من مرافق الملك. [البنية ٣٥١/١٠] لا يجعل ثمرة [لأنه لا يتولد من ملكه]: أي القدرة على التملك لا تعد من ثمرات الملك، كالأب له أن يملك جارية ابنه، ولا يعد من ثمرات ملكه. (الكفاية) بخلاف الثمرة إلخ: فإنها متولدة من العين، فيتولد بقدر الملك، أما تملك ملك غيره فلا يتولد من ملكه، فكيف يجعل كالثمرة واللبن والولد. [الكفاية ٣٠٣/٨] ولو أسقط بعضهم: يعني وإذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه، فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده، فإن كان قبله فالشفعة للباقي في الكل على عددهم دون أنصبتهم كما تقدم. (العناية) لا يطلب: يعني قد يطلب وقد لا يطلب، فلا يترك حق الحاضرين بالشك. [العناية ٣٠٤/٨] يقطع إلخ: لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه، والمقضي عليه في قضية لا يصير مقضياً له فيها. (العناية) بعده: وهو يوهم أن الباء للسببية، فيكون سببها العقد وليس كذلك. [العناية ٣٠٤/٨] ما بيناه: يعني قولهم: ولنا أنهم استووا في سبب الإستحقاق وهو الاتصال. [البنية ٣٥٤/١٠]

والوجه فيه: أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار، والبيع يعرفها، ولهذا
 هذا التأويل
 يكفي بثبوت البيع في حقه، حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع، وإن كان
 المشتري يكذبه. قال: وتستقر بالإشهاد، ولا بد من طلب الموائبة؛ لأنه حق ضعيف
 القدوري
 يبطل بالإعراض، فلا بد من الإشهاد والطلب؛ ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه،
 ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي، ولا يمكنه إلا بالإشهاد. قال: وتُملك بالأخذ
 الشفيع
 إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم؛ لأن الملك للمشتري قد تم، فلا يُنقل إلى
 الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي، كما في الرجوع في الهبة، وتظهر فائدة هذا

أن الشفعة: يعني أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار، ورغبته عنه أمر خفي لا يطلع عليه،
 وله دليل ظاهر، وهو البيع، فيقام مقامه، والحاصل: أن الاتصال بالملك سبب، والرغبة عن الملك شرط،
 والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذه
 وإن كذبه المشتري. ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له، أو وهب وسلم، فإن الرغبة عنه قد عرفت،
 وليس للشفيع الشفعة، وأجيب بأن في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع، بخلاف الإقرار، فإنه يخبر به عن
 انقطاع ملكه عنه بالكلية، فعومل به كما زعمه، والهبة لا تدل على ذلك؛ إذ غرض الواهب المكافأة،
 ولهذا كان له الرجوع، فلا ينقطع عنه حقه بالكلية. (العناية ٣٠٥/٨) أقر البائع بالبيع: بدليل أن البيع إذا ثبت في
 حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذه. [العناية ٣٠٥/٨]

وتستقر بالإشهاد: أي أن الشفعة تستقر بالإشهاد. (البنية) طلب الموائبة: وهو طلب الشفعة على
 السرعة، وإنما أضاف الطلب إلى الموائبة لتلبسه بها. [البنية ٣٥٥/١٠] فلا بد من الإشهاد إلخ: أي لا بد من
 دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه، والإشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما. [العناية ٣٠٥/٨]
 كما في الرجوع إلخ: أي كما لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالتراضي و قضاء القاضي؛ لأن الموهوب
 دخل في ملك الموهوب له، فلا يخرج إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لما ذكرنا آنفاً. [البنية ٣٥٦/١٠]
 وتظهر فائدة هذا: أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين إلى وقت أخذ الدار بأحد الأمرين
 المذكورين. [العناية ٣٠٦/٨]

فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين، أو باع داره المستحق بها الشفعة، أو بيعت دار
 بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم، أو تسليم المخاصم: لا تورث عنه في الصورة
 الأولى، وتبطل شفيعته في الثانية، ولا يستحقها في الثالثة؛ لانعدام الملك له، ثم قوله: ^{متعلق بالمسائل الثلاث}
 تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه إن شاء الله
 تعالى، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

بعد الطلبين: أي طلب الموائبة وطلب التقرير، ويسمى طلب التقرير طلب الإشهاد أيضاً. [البنية ٣٥٦/١٠]
 في الصورة الأولى إلخ: وهي ما إذا مات الشفيع بعد الطلبين؛ لأنه لم يملكها المورث فكيف تورث
 عنه. (العناية) في الثانية إلخ: يعني إذا باع داره لزوال السبب، وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم. (العناية)
 في الثالثة: يعني إذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة؛ لأنه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها. [العناية ٣٥٦/٨]
 ما نبينه: أي في باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب. [البنية ٣٥٧/١٠]

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال: وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة، اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه: طلب الموائبة، وهو أن يطلبها كما علم، حتى لو بلغ الشفيع البيع، ولم يطلب شفيعته بطلت الشفعة؛ لما ذكرنا. ولقوله عليه السلام: "الشفعة لمن واثبها"،* ولو أخرج بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه، فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته،

باب إلخ: لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه. (العناية) بالبيع إلخ: وكلامه ظاهر لا يحتاج إلى بيان سوى ألفاظ ننبه عليها. [العناية ٣٠٧/٨] طلب الموائبة إلخ: سميت به؛ تبركاً بلفظ الحديث: "الشفعة لمن واثبها" أي لمن طلبها على وجه السرعة والمبادرة، مفاعلة من الوثوب على الاستعارة؛ لأن من يثب هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيئه. [الكفاية ٣٠٧/٨]

كما علم إلخ: أي على فور علمه بالبيع من غير توقف، سواء كان عنده إنسان أو لم يكن، وذكر في "المبسوط": وإذا علم بالبيع وهو بمحضر من المشتري، فالجواب واضح: أن يطلبها، وكذلك إن كان بمحضر من الشهود ينبغي له أن يشهدهم على طلبه، وكذلك لو لم يكن بمحضرة أحد حين سمع ينبغي أن يطلب الشفعة، والطلب صحيح من غير إشهاد، والإشهاد لمخافة الجحود، فينبغي له أن يطلب حتى إذا حلفه المشتري، أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع، وذكر في "شرح الأقطع": وإنما يفعل ذلك أي يطلب وإن لم يكن عنده أحد؛ لئلا تسقط فيما بينه وبين الله تعالى. [الكفاية ٣٠٧/٨]

لما ذكرنا: وهو قوله: لأنه ضعيف يبطل بالإعراض، فلا بد من الإشهاد، وقال ابن أبي ليلى: إن طلب إلى ثلاثة أيام فله الشفعة، وقال سفيان: له مهلة يوم حين سمع، وقال شريك: هو على شفيعته ما لم يبطلها صريحاً أو دلالة بمنزلة سائر الحقوق المستحقة. [الكفاية ٣٠٧/٨-٣٠٨]

* هذا ليس بحديث. [البناء ٣٠٩/١٠] وإنما أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" عن الحسن بن عمار عن رجل عن شريح قال: "إنما الشفعة لمن واثبها"، قال عبد الرزاق: وهو قول معمر. [٨٣/٨] باب الشفيع يأذن قبل البيع وكم وقتها]

وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله، وهو رواية عن محمد رحمته الله، وعنه أن له مجلس العلم،
والروايتان في "النوادر"، وبالثانية أخذ الكرخي رحمته الله؛ لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد
له من زمان التأمل، كما في المخيرة. ولو قال بعد ما بلغه البيع: الحمد لله، أو لا حول
ولا قوة إلا بالله، أو قال: سبحان الله لا تبطل شفيعته؛ لأن الأول حمدٌ على الخلاص من
جواره، والثاني: تعجب منه لقصد إضراره والثالث: لافتتاح كلامه، فلا يدل شيء منه
سوء جواره البائع للشفيع على الإعراض. وكذا إذا قال: من ابتاعها وبكم بيعت؛ لأنه يرغب فيها بضمن دون ثمن،
ليس هذا إعراضاً كما هو عرف بعض ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض، والمراد بقوله في الكتاب: أشهد في مجلسه ذلك
على المطالبة، طلب الموائبة، والإشهاد فيه ليس بلازم، إنما هو لنفي التجاحد. والتقيد
بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي رحمته الله، ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب
الشفعة، كما لو قال: طلبت الشفعة، أو أطلبها، أو أنا طالبها؛ لأن الاعتبار للمعنى.

وعلى هذا: أي على أن طلب الشفعة على الفور. (البنية) في النوادر: أي الروايتان المذكورتان عن
محمد المذكورتان في نوادر محمد. [البنية ٣٦٠/١٠] كما في المخيرة إلخ: فإن لها الخيار ما دامت في
مجلسها، والجامع: حاجة الرأي والتأمل، ولأن الشرع أوجب له حق التملك ببدل، ولو أوجب البائع له
ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه، فهذا مثله. (الكفاية) ولو قال بعد ما إلخ: إلى قوله:
لا تبطل شفيعته هذا على رواية أن له مجلس العلم. [الكفاية ٣٠٨/٨]
لنفي التجاحد إلخ: يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج إلى الشهود، وتحقيقه: أن طلب الموائبة ليس لإثبات
الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، والإشهاد في ذلك ليس بشرط. [العناية ٣٠٨/٨]
والتقيد بالمجلس: أي تقيد القدوري بقوله: أشهد في مجلسه. [البنية ٣٦٢/١٠]
لأن الاعتبار للمعنى: ظاهر قوله: طلبت الشفعة إخبار عن الطلب في الزمان الماضي، وإنه كذب،
والكذب لا عبرة به، فكأنه لم يطلب، وكذا إذا قال: أطلبها؛ لأنه عدة، إلا أنه في العرف يراد بهذه
الألفاظ الطلب للحال، لا الخبر عن أمر ماضٍ أو مستقبل. [الكفاية ٣٠٨/٨]

وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد، حتى يخبره رجلان، أو رجل وامرأتان، أو واحد عدل عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد، حراً كان أو عبداً، صبيّاً كان أو امرأة إذا كان الخبر حقاً، وأصل الاختلاف في عزل الوكيل، وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم، وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده؛ لأنه ليس فيه إلزام حكم، وبخلاف ما إذا أخبره المشتري؛ لأنه خصم فيه، والعدالة غير معتبرة في الخصوم. والثاني: طلب التقرير والإشهاد؛ لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضي على ما ذكرنا، ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب المواثبة؛ لأنه على فور العلم بالشراء، فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير، وبيانه ما قال في هذا الطلب هذا الطلب الكتاب. ثم ينهض منه يعني: من المجلس، ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده، الفدوري يقوم

وقد ذكرناه: إشارة إلى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث، وهو من فصول كتاب أدب القاضي، وأراد بأخواته: المولى إذا أخبر بجناية عبده، والشفيع، والبكر، والمسلم الذي لم يهاجر إليها. (العناية) بخلاف المخيرة: يعني أن المرأة إذا أخبرت بأن زوجها خيرها في نفسها، ثبت لها الخيار، عدلاً كان المخبر أو غيره، فإن اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق وإلا فلا؛ لما ذكر أنه ليس فيه إلزام حكم حتى يشترط فيه أحد شطري الشهادة. [العناية ٣٠٩/٨] إلزام حكم: بل هو آنفاً ما كان على ما كان؛ لأن النكاح لازم قبل هذا، وفي حق الشفيع إلزام، حيث يلزمه ضرر سوء الجوار. [البنية ٣٦٤/١٠] وبخلاف ما إذا إلخ: [حيث لا يشترط في المشتري أيضاً أحد شطري الشهادة] يعني أن المخبر بالشفعة إذا كان هو المشتري، وقال: اشتريت دار فلان لا يشترط فيه العدد أو العدالة، حتى إذا سكت الشفيع عند الإخبار ولم يطلب الشفعة، بطلت شفيعته. [البنية ٣٦٤/١٠] ولا يمكنه الإشهاد: حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عند طلب المواثبة بأن بلغه البيع بحضرة الشهود والمشتري أو البائع حاضر أو كان عند العقار يكفيه، ويقوم ذلك مقام الطلبين.

معناه: لم يسلم إلى المشتري، أو على المتاع أو عند العقار، فإذا فعل ذلك استقرت شفעתه؛ وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه؛ لأن للأول اليد وللثاني الملك. وكذا يصح الإشهاد عند المبيع؛ لأن الحق متعلق به، فإن سلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه؛ لخروجه من أن يكون خصماً؛ إذ لا يد له ولا ملك، فصار كالأجنبي. وصورة هذا الطلب أن يقول: إن فلاناً اشترى هذه الدار، وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك. وعن أبي يوسف رحمته الله: أنه يشترط تسمية المبيع وتحديدته؛ لأن المطالبة لا تصح إلا في معلوم، والثالث: طلب الخصومة والتملك، وسنذكر كيفيته من بعد إن شاء الله تعالى. قال: ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة رحمته الله، وهو رواية عن أبي يوسف رحمته الله، وقال محمد رحمته الله: إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت، وهو قول زفر رحمته الله، معناه: إذا تركها من غير عذر، وعن أبي يوسف رحمته الله: أنه إذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفעתه؛ لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختياراً دل ذلك على إعراضه وتسليمه.

على المتاع: أي على المشتري سواء كانت الدار في يده أو لا؛ لأن الملك له ويأخذ الشفعة منه. [البنية ٣٦٥/١٠] لم يصح إلخ: ذكر أبو الحسن القدوري والناطفي أنه لا يصح الطلب عنده، وذكر شيخ الإسلام أنه صحيح استحساناً، وهكذا ذكر الشيخ الإمام أحمد الطواويسي. [الكفاية ٣١٠/٨] وسنذكر كيفيته إلخ: أي عند قوله: وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة إلى آخره. (البنية) هذا الطلب: طلب الخصومة والتمليك. [البنية ٣٦٧/١٠] معناه: وإنما قال: معناه إذا تركها من غير عذر؛ لأنهم أجمعوا على أنه إذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك، ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفעתه، وإن طالت المدة. [العناية ٣١٠/٨]

وجه قول محمد رحمته: أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبداً يتضرر به المشتري؛ لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع، فقدّرناه بشهر؛ لأنه آجل، وما بالبناء وغيره دونه عاجل على ما مرّ في الأيمان. ووجه قول أبي حنيفة رحمته، وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى، أن الحق متى ثبت، واستقر بالإشهاد لا يسقط إلا بإسقاطه، وهو التصريح بلسانه، كما في سائر الحقوق. وما ذكر من الضرر يُشكّل بما إذا كان غائباً، فإنها بعد الثبوت لا تسقط إلا بالإسقاط ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر. ولو علم أنه لم يكن في البلدة قاضٍ لا تبطل شفيعته بالتأخير بالإتفاق؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي، فكان عذراً. قال: وإذا تقدّم الشفيع إلى القاضي، فادعى الشراء وطلب الشفعة،

في الأيمان: أي في مسألة ليقضين حقه عاجلاً، فقضاه فيما دون الشهر في يمينه. (البنية) وعليه الفتوى: وهذا مخالف لما قال قاضي خان في "جامعه"، وصاحب "المنافع"، و"الخلاصة" أن الفتوى على قول محمد رحمته، ولكن الذي أخذ به المصنف هو الذي أخذ به الطحاوي في "مختصره"، والكرخي أخذ برواية الشهر، إلا أن يكون القاضي عيلاً أو غائباً. [البنية ٣٦٩/١٠] سائر الحقوق: فإنها بعد الثبوت لا تسقط إلا بالإسقاط. وما ذكر إلخ: جواب عن قول محمد يعني أن الشفيع إذا كان غائباً لم تبطل شفيعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر، فكما لا تبطل وهو غائب، لا تبطل وهو حاضر. [العناية ٣١٠/٨] ولا فرق إلخ: أي لا فرق في لزوم الضرر على المشتري من أن يكون الشفيع حاضراً أو غائباً، ثم لا يعتبر ضرره في الشفيع الغائب حيث لم تبطل شفيعته بتأخير هذا الطلب بالإتفاق، فيجب أن لا تبطل فيما إذا كان الشفيع حاضراً. (البنية) وإذا تقدم الشفيع: وهذا هو طلب الخصومة الذي وعده بقوله: وسنذكر كيفيته من بعد. [البنية ٣٧٠/١٠]

فادعى الشراء: وصورة ذلك: أن يقول الشفيع للقاضي: إن فلاناً اشترى داراً، وبين مصرها ومحلها وحدودها، وأنا شفيعها بدار لي، وبين حدودها، فمره بتسليمها إلي، وإنما يبين هذه الأشياء؛ لأن الدعوى إنما تصح في المعلوم، وإعلام العقار بهذه الأشياء. [الكفاية ٣١٠/٨]

سأل القاضي المدعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به، وإلا كلفه بإقامة البينة؛ لأن اليد ظاهر محتمل، فلا تكفي لإثبات الاستحقاق. قال رحمته: يسأل القاضي المدعي قبل أن يُقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها؛ لأنه ادعى حقاً فيها، فصار كما إذا ادعى رقبته، وإذا يئّن ذلك يسأله عن سبب شفيعته لاختلاف أسبابها، فإن قال: أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن، تم دعواه على ما قاله الخصاص رحمته، وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً، وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد. قال: القدوري فإن عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به،

وإلا كلفه: أي إن أنكر أن يكون شفيعها، بأن كان المدعي ادعى الشفعة بسبب الجوار، والمدعى عليه أنكر أن يكون المدعي حاراً للدار المشتراة، وأن يكون الدار التي بجانب الدار المشتراة ملك المدعي، فالقول قوله، وإن كانت تلك الدار في يد المدعي. وعلى المدعي أن يقيم البينة على أن تلك الدار ملكه؛ لأن اليد محتملة، يحتمل أن تكون يد ملك، ويحتمل أن تكون يد إجارة أو عارية، والمحتمل لا يصلح حجة، وأقصى ما فيه: أن الظاهر أن يده يد ملك، ولكن الظاهر يكفي لإبقاء ما كان على ما كان، ولا يكفي لاستحقاق أمر لم يكن، وحاجة الشفيع إلى الاستحقاق على المشتري، والظاهر لا يكفي لذلك. (النهاية)

لاختلاف أسبابها: فإن بعضهم قالوا: تثبت الشفعة للجار المقابل، وهو قول شريح ذكره في "المبسوط" إذا كان أقرب باباً، وعندنا: الشفعة على مراتب، فلا بد أن يئّن سببها؛ لينظر القاضي أن ما زعمه سبباً هل هو سبب، وبعد أن يكون سبباً هل هو محجوب بغيره. (النهاية) تم دعواه: قيل: لم يتم بعد، بل لا بد أن يسأله، فيقول: هل قبض المشتري المبيع أو لا؟ لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له: متى أخبرت بالشراء؟ وكيف صنعت حين أخبرت به؟ ليعلم أن المدة طالت أو لا، فإن عند أبي يوسف ومحمد رحمتهما إذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه، وعليه الفتوى. [العناية ٣١١/٨]

معناه: بطلب الشفيع؛ لأنه ادعى عليه ^{المشتري} معنى لو أقرّ به لزمه، ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم. فإن نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها، وثبت الجوار، فبعد ذلك سأله القاضي، يعني: المدعى عليه، هل ابتاع أم لا؟ فإن أنكر الابتاع قيل للشفيع: أقم البينة؛ لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع، وثبوته بالحجة. قال: فإن عجز عنها: استحلف المشتري بالله ما ابتاع، أو بالله ما استحق عليه ^{الشفيع إقامة البينة} في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره، فهذا على الحاصل، والأول على السبب، وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى، وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله، وإنما يحلفه على البتات؛ لأنه استحلاف على فعل نفسه، وعلى ما في يده إصالة، وفي مثله يحلف على البتات. قال: وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي، فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن، وهذا ظاهر رواية "الأصل".

المسبوط

معناه: أي معنى قول القدوري: استحلف المشتري إذا طلب الشفيع. (البنية) على العلم: هذا قول أبي يوسف رحمته الله، وعن محمد رحمته الله يحلف على البتات؛ لأن المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب، وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره، وهو ينكره، وهناك يحلف على البتات، وكذا ههنا. [الكفاية ٣١٢/٨] فإن نكل: أي المشتري عن اليمين. (البنية) وثبوته بالحجة: وهي الإقرار أو البينة. (البنية) والأول: وهو قوله: بالله ما ابتاع. [البنية ٣٧٣/١٠] وذكرنا الاختلاف: وهو ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى، بقوله: "فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه" إلى ما قال: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمتهما الله، وأما على قول أبي يوسف رحمته الله يحلف في جميع ذلك على السبب. [الكفاية ٣١٢/٨] وهذا ظاهر رواية إرخ: ولم يقل: هذا رواية "الأصل"؛ لأنه لم يصرح في "الأصل" هكذا، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة من غير إحضار الثمن؛ لأنه قال: للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه، أو من ورثته إن مات. [العناية ٣١٢/٨]

وعن محمد رحمته: أنه لا يقضي ^{بالشفعة} حتى يحضر الشفيع الثمن، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمته؛ لأن الشفيع عساه يكون مفلساً، فيتوقف القضاء على إحضاره، حتى لا يتوى مال المشتري. وجه الظاهر: أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء، ولهذا لا يشترط ^{لا يهلك} تسليمه، فكذا لا يشترط إحضاره. وإذا قضي له بالدار، فللمشتري أن يحبس ^{الشفيع} حتى يستوفي الثمن، وينفذ القضاء عند محمد رحمته أيضاً؛ لأنه فصل مجتهد فيه، ووجب عليه الثمن، فيحبس فيه، فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له: ادفع الثمن إليه لا تبطل شفيعته؛ لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي. قال: وإن حضر الشفيع البائع والمبيع في يده، فله أن يخاصمه في الشفعة؛ لأن اليد له وهي يد ^{القاضي} مستحقة، ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري، فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع، ويجعل العهدة عليه؛ لأن الملك للمشتري واليد للبائع، والقاضي يقضي بهما للشفيع، فلا بد من حضورهما، بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت، حيث لا يعتبر حضور البائع؛ لأنه صار أجنبياً؛ إذ لا يبقى له يد ولا ملك.

لا ثمن له عليه: يعني لا ثمن للمشتري على الشفيع قبل قضاء القاضي بالشفعة للشفيع، فكيف يطلب المشتري الثمن من الشفيع قبل الوجوب، فلا بد من قضاء القاضي له بالشفعة، حتى يتمكن المشتري من مطالبة الثمن عن الشفيع إلى هذا أشار في "المبسوط". (النهاية) لأنه فصل إلخ: يعني أن عند محمد رحمته لا يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن، ومع هذا لو قضي بها قبل الإحضار يفيد القضاء عنده أيضاً؛ لوقوعه في محل مجتهد فيه. [البنية ٣٧٧/١٠] فيحبس فيه: أي يحبس المبيع في يد المشتري، حتى يأخذ الثمن. (النهاية) يد مستحقة: أي معتبرة كيد المالك، ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي الثمن، ولو هلك في يده هلك من ماله، وإنما قال: ذلك؛ احترازاً عن يد المودع والمستعير، ومن له يد كذلك، فهو خصم من ادعى عليه. [العناية ٣١٢/٨]

وقوله: فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى، وهي أن البيع في حق المشتري إذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه، ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الإضافة؛ لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة، وهو يُوجب الفسخ، إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه؛ لأن الشفعة بناء عليه، ولكنه تتحول الصفقة إليه، ويصير كأنه هو المشتري منه، فلهذا يرجع بالعهد على البائع، بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه؛ لأنه تم ملكه بالقبض، وفي الوجه الأول: امتنع قبض المشتري، وأنه يوجب الفسخ، وقد طولنا الكلام فيه في "كفاية المنتهي" بتوفيق الله تعالى. قال: ^{امتناع قبض المشتري} ومن اشترى داراً لغيره، فهو الخصم للشفيع؛ لأنه هو العاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد، فيتوجه عليه.

علة أخرى: يعني اشتراط حضور المشتري معلول بعلمين، إحداهما: أنه يصير مقضياً عليه في حق الملك؛ لأنه قال قبل هذا؛ لأن الملك للمشتري واليد للبائع، فلا بد من حضوره، وثانيهما: أنه يصير مقضياً عليه بحق الفسخ كما ذكره ههنا، فلا بد من حضوره؛ إذ القضاء على الغائب لا يجوز. [البنية ٣٧٩/١٠]

الفسخ المذكور: وهو قوله: فيفسخ البيع بمشهد منه. [الكفاية ٣١٣/٨]
في حق الإضافة: يعني يصير البيع مضافاً إلى الشفيع بعد أن كان مضافاً إلى المشتري. [البنية ٣٨٠/١٠]
لامتناع: تعليل لقوله: أن يفسخ في حق الإضافة، يعني ينتفي قبض المشتري بسبب أخذ الشفيع الدار من البائع لا محالة، فلما انتفى قبضه وجب القول بالفسخ، لكنه لم يمكن الفسخ من الأصل؛ لثلا يتعذر الشفعة، فقل بالانفساخ من حيث الإضافة. إلا أنه يبقى إلخ: أي ليس المراد أنه ينتقض البيع أصلاً؛ لأنه لو انفسخ من الأصل لم يكن للشفعة وجود؛ لأن الشفعة تقتضي سابقة وجود البيع.

فلهذا إلخ: أي فلتحول الصفقة إليه يرجع بالعهد على البائع؛ لأنه تابع كما كان، ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري. [العناية ٣١٣/٨] وفي الوجه الأول: أي فيما إذا كان في يد البائع.

قال: إلا أن يسلمها إلى المؤكل؛ لأنه لم يبق له يد ولا ملك، فيكون الخصم هو ^{القدوري} المؤكل؛ وهذا لأن الوكيل كالبائع من المؤكل على ما عرف، فتسليمه إليه كـ ^{الوكيل} تسليم البائع إلى المشتري، فتصير الخصومة معه، إلا أنه مع ذلك قائم مقام المؤكل، فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم، وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب، فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده؛ لأنه عاقد، وكذا إذا كان البائع وصياً لميت فيما يجوز بيعه؛ لما ذكرنا. قال: وإذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها، فله خيار الرؤية، وإن ^{من أنه العاقد القدوري} وجد بها عيباً، فله أن يردّها، وإن كان المشتري شرط البراءة منه؛ ^{العيب}

كالبائع من المؤكل: لأنه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف. (العناية) على ما عرف: في باب الوكالة: أن بين الوكيل والموكل بيع حكماً. [البنية ٣٨٢/١٠] مقام المؤكل: لكونه نائباً عنه. [العناية ٣١٤/٨] فيكتفى بحضوره: أي بخلاف البائع مع المشتري، فإنه لا يكفي بحضرة البائع حتى يحضر المشتري؛ لأن البائع ليس بنائب عن المشتري، كأن هذا جواب لسؤال يرد على قوله: وهذا لأن الوكيل... الخصومة معه، وهو أن يقال: لو كان هو كالبائع والموكل كالمشتري يشترط حضورهما كما شرط ثمه، فأجاب أن الوكيل مع ذلك قائم مقام المؤكل، فيكتفى بحضوره قبل التسليم إلى المؤكل. [الكفاية ٣١٤/٨]

وكذا: يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي إذا كانت الورثة صغاراً. (العناية) فيما يجوز بيعه: قيد به؛ لأنه لا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه، إلا بما يتغابن الناس، فلا يجوز فيما لا يتغابن الناس في مثله؛ لأن ولاية الوصي نظرية، ولا نظر في الغبن الفاحش، فلا يجوز ذلك. (النهاية) ذكر في الباب الأول من شفعة "المبسوط": البائع إذا كان وصياً للميت، إلا أن الورثة كبار كلهم، وليس على الميت دين، ولم يوص بشيء يباع فيه الدار لم يجز بيع الوصي؛ لأن الملك للورثة، وهم متمكنون من النظر لأنفسهم، وإن كان فيهم صبي صغير جاز بيع الوصي في جميع الدار. وكذلك إن كان عليه دين، أو أوصى بوصية من ثمن الدار وهو استحسان، ذهب إليه أبو حنيفة رحمته، وفي القياس لا يجوز بيعه، إلا في نصيب الصغير خاصة، أو بقدر الدين والوصية، ثم فيما جاز بيعه كان للشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة إذا كانت في يده. [الكفاية ٣١٤/٨]

لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال، فيثبت فيه الخياران كما في الشراء، ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري، ولا برؤيته؛ لأنه ليس بنائب عنه، فلا يملك إسقاطه.
المشتري

فصل في الاختلاف

قال: وإن اختلف الشفع والمشتري في الثمن، فالقول قول المشتري؛ لأن الشفع القدوري يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل، وهو ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه، ولا يتحالفان؛ لأن الشفع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار، فالمشتري لا يدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك والأخذ، ولا نص ههنا، فلا يتحالفان. قال: ولو أقاما البينة، فالبينة للشفع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما، وقال أبو يوسف رحمه الله: البينة بينة المشتري؛ لأنها أكثر إثباتاً، فصار كبينة البائع، والوكيل،
بينة المشتري

بمنزلة الشراء: لأن الشفع مع المشتري بمنزلة المشتري مع البائع ثم المشتري له أن يرد بخيار الرؤية والعيب، فكذلك للشفع أن يرد بالخيارين على الذي أخذ منه. [البنية ٣٨٣/١٠] الخياران: خيار الرؤية وخيار العيب. في الاختلاف: لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفع والمشتري في الثمن، وهو الأصل، شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه. [العناية ٣١٥/٨، ٣١٤] استحقاق الدار: عند نقد أقل الثمنين. لتخيره إلخ: إذ المدعي هو الذي لو ترك ترك، والمختص بهذه الصفة هو الشفع لا المشتري. [البنية ٣٨٥/١٠] ولا نص ههنا إلخ: إنما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار من الطرفين هناك، فوجب اليمين لذلك في الطرفين، ولم يوجد الإنكار ههنا في طرف الشفع، فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص، فلذلك لم يجب التحالف هنا. [نتائج الأفكار ٣١٥/٨] كبينة البائع إلخ: أي مع المشتري، يعني لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن، وأقاما البينة كانت البينة بينة البائع؛ لأنها تثبت الزيادة. [الكفاية ٣١٥/٨] والوكيل إلخ: أي كبينة الوكيل مع بينة الموكل، فإن الوكيل بالشراء مع الموكل إذا اختلفا في مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل؛ لأنها تثبت الزيادة. [الكفاية ٣١٥/٨-٣١٦]

والمشتري من العدو. ولهما: أنه لا تنافي بينهما، فيجعل كأن الموجود بيعان، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء، وهذا بخلاف البائع مع المشتري؛ لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول، وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع، وهو التخريجُ لبينة الوكيل؛ لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه، كيف وأنها ممنوعة على ما روي عن محمد رحمته الله؟. وأما المشتري من العدو، فقلنا: ذكر في "السير الكبير": أن البينة بينة المالك القديم، فلنا: أن نمنع، لأنها ملزمة

من العدو: أي كبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم، فإن المشتري من العدو مع المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور، وأقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو؛ لما فيها من إثبات الزيادة. [الكفاية ٣١٦/٨] لا تنافي بينهما: أي بين البينتين في حق الشفيع؛ لجواز تحقق البيعين مرة بألف، وأخرى بألفين على ما شهد عليه البيتان، وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه، فجاز أن يجعل موجددين في حقه. [العناية ٣١٥/٨-٣١٦] بيعان: أي بأي البيعين شاء، غاية ما في الباب: أن الثاني يتضمن فسخ الأول، إلا أن الأول لم يظهر في حق الشفيع؛ لأن حقه قد تأكد، والحق للمالك لا يسقط إلا بإسقاط من له الحق، فيبقى البيع الأول في حق الشفيع. [البنية ٣٨٦/١٠]

بخلاف البائع إلخ: لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول، فالجمع بينهما غير ممكن، فيصار إلى أكثرهما اثباتاً؛ لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق. (العناية) وههنا الفسخ: حيث نفى ظهور الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه. [نتائج الأفكار ٣١٦/٨] والموكل كالمشتري: فلا يمكن توالي العقدتين بينهما إلا بانفساخ الأول، فتعذر التوفيق. [العناية ٣١٦/٨] عن محمد رحمته الله: فإن ابن سماعة روى عن محمد رحمته الله أن البينة بينة الموكل؛ لأن الوكيل صدر منه إقراران بحسب ما يوجب البيتان، فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء، فأما في ظاهر الرواية فقلنا: الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري، ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن. [الكفاية ٣١٦/٨]

وأما المشتري: يعني أن المشتري من العدو والمولى القديم إذا اختلفا، فقد نص في "السير الكبير" لأن البينة بينة المولى القديم، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف رحمته الله. [الكفاية ٣١٦/٨]

وبعد التسليم نقول: لا يصح الثاني هنالك إلا بفسخ الأول، أما ههنا فبخلافه، ولأن بينة الشفع مُلزمة وبينة المشتري غير ملزمة، والبيّنات للإلزام. قال: وإذا ادّعى المشتري ثمناً وادّعى البائع أقلّ منه ولم يقبض الثمن: أخذها الشفع بما قاله البائع وكان ذلك خطأ عن المشتري؛ وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به، وإن كان على ما قال المشتري فقد حطّ البائع بعض الثمن، وهذا الحطّ يظهر في حق الشفع، على ما نبين إن شاء الله تعالى، ولأن التملك على البائع بإيجابه، فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته، فيأخذ الشفع بقوله. قال: ولو ادّعى البائع الأكثر يتحالفان ويتراذان، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر، فيأخذها الشفع بذلك، وإن حلّفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف،
سابقاً

وبعد التسليم: أي وإن سلمنا أن البينة للمشتري مثل ما قال. (البنية) لا يصح الثاني إلخ: هذه طريقة لأبي حنيفة رحمته الله في هذه المسألة، وحكاها محمد رحمته الله، الطريقة الثانية وحكاها أبو يوسف رحمته الله وهي قوله: ولأن بينة الشفع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة، والبيّنات للإلزام، بيان هذا: أنه إذا قبلت بينة الشفع وجب على المشتري تسليم الدار إليه بألف شاء أو أبى، وإذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفع شيء، ولكنه يتخير إن شاء أخذ وإن شاء ترك؛ والمُلزم من البيتين مرجح، وبه فارق بينة البائع مع المشتري؛ لأن كل واحد من البيتين هناك ملزمة، وكذلك بينة الوكيل مع الموكل، وكل واحدة منهما ملزمة، فلهذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة، وفي مسألة المشتري من العدو على هذه الطريقة البينة بينة المولى القديم؛ لأنها ملزمة، وبينة المشتري غير ملزمة، كذا في الباب الأول من شفعة "الميسوط". [الكفاية ٣١٧/٨]

غير ملزمة: لأنه لا يلزم على الشفع شيئاً؛ لكونه مخيراً. (البنية) والبيّنات للإلزام: يعني مشروعية البيّنات لإلزام الخصم، وإثبات الحق عليه. [البنية ٣٨٨/١٠] ولأن التملك إلخ: هذا وجه آخر، وإنما كان التملك على البائع بإيجابه؛ لأنه لو لم يقل: "بعث" لا يثبت للشفع شيء، ألا ترى أنه لو أقر بالبيع وأنكر المشتري ثبت له حق الأخذ. [العناية ٣١٧/٨] يتحالفان: البائع والمشتري بالحديث المعروف. [البنية ٣٨٩/١٠]

ويأخذها الشفيع بقول البائع؛ لأن فسخ البيع لا يُوجب بطلان حق الشفيع. قال: وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء، ولم يلتفت إلى قول البائع؛ لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد، وخرج هو من بين، وصار هو كالأجنبي، وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع، وقد بيناه. ولو كان نقد الثمن غير ظاهر، فقال البائع: بعث الدار بألف، وقبضت الثمن، يأخذها الشفيع بألف؛ لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع، تعلقت الشفعة به، فبقوله بعد ذلك: قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع، فيرد عليه، ولو قال: قبضت الثمن، وهو ألف لم يلتفت إلى قوله؛ لأن بالأول - وهو الإقرار بقبض الثمن - خرج من بين، وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن.

لأن فسخ البيع [كما لو رد عليه بعيب بقضاء قاضٍ] إلخ: يعني أن الفسخ وإن كان بالقضاء لا يظهر في حق الشفيع؛ لأن القاضي نصب ناظراً للمسلمين لا مبطلاً لحقوقهم، ولأن الفسخ مقرر لحق الشفيع لا رافع، ولهذا ينفسخ العقد الذي جرى بين البائع والمشتري بالأخذ بالشفعة. [الكفاية ٣١٧/٨] وقد بيناه: أي بينا الحكم فيما مضى، وهو: أن القول قول المشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن. (البنية) غير ظاهر: ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري، أي غير معلوم للشفيع. [البنية ٣٩١/١٠]

تعلقت الشفعة به: [أي بالإقرار بالبيع بذلك المقدار. (البنية)] لأنه أخبر عن الثمن في حال له ولاية البيان، فبنى الحكم عليه، ثم بقوله: قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع في الأخذ بما قاله، فيرد عليه، بخلاف ما إذا أقر باستيفاء الثمن أولاً؛ لأنه بذلك خرج من بين، فلم يقبل بيانه، وقد خرج من بين. [الكفاية ٣١٧/٨ - ٣١٨] لم يلتفت: ويأخذها بما قال المشتري. (البنية) إلى قوله: وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمته الله أن المبيع إذا كان في يد البائع، فأقصر بقبض الثمن، وزعم أنه ألف، فالقول قوله؛ لأن التملك يقع على البائع، فيرجع إلى قوله وهو ظاهر. [العناية ٣١٧/٨]

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال: وإذا حطَّ البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفع، وإن حطَّ جميع الثمن لم يسقط عن الشفع؛ لأنَّ حط البعض يلتحق بأصل العقد، فيظهر في حق الشفع؛ لأن الثمن ما بقي، وكذا إذا حطَّ بعد ما أخذها الشفع بالثمن يحطُّ عن الشفع، حتى يرجع عليه بذلك القدر، بخلاف حط الكل؛ لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال، وقد بيناه في البيوع. وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفع؛ لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفع؛ لاستحقاقه الأخذ بما دونها، بخلاف الحط؛ لأن فيه منفعة له، ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول، لم يلزم الشفع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول؛ لما بينا كذا هذا.

فصل إلخ: لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل؛ لأنه المقصود من حق الشفعة، شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع، وهو الثمن الذي يؤديه الشفع؛ لأن الثمن تابع. [العناية ٣١٨/٨] بعض الثمن: حط بعض الثمن والزيادة يستويان في باب المراجعة دون الشفعة؛ لأن في المراجعة ليس في التزام الزيادة حق إبطال حق مستحق، بخلاف الشفعة، فإن في الزيادة فيها إبطال حق ثبت للشفع بأقل منها. [العناية ٣١٨/٨] بذلك القدر: إن كان الشفع أوفاه الثمن. حط الكل: فيجب الشفعة بكل الثمن.

لأنه لا يلتحق إلخ: وذلك لأن حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد، فإما أن يصير العقد هبة، ولا شفعة للشفع في الهبة، أو يصير بيعاً بلا ثمن، فيكون فاسداً، ولا شفعة في البيع الفاسد، فيؤدي إلى إبطال حق الشفع. [الكفاية ٣١٨/٨] في البيوع: أي في فصل من اشترى شيئاً مما ينقل قبل الربا. (البنية) وإن زاد إلخ: هذا لفظ القدوري في "مختصره". (البنية) ونظير الزيادة إلخ: أراد أن هذه نظير ما إذا زاد في الثمن بعد تحديد العقد. (البنية) لما بينا: إلا أن في الزيادة ضرراً بالشفع لاستحقاقه الأخذ بما دونها. (البنية) كذا هذا: أي كذا حكم ما إذا أراد المشتري بدون تحديد العقد. [البنية ٣٩٣/١٠]

قال: ومن اشترى داراً بعرضٍ أخذها الشفيع بقيمته؛ لأنه من ذوات القيم، وإن ^{القدوري} اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله؛ لأنهما من ذوات الأمثال؛ وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه، فيراعى بالقدر الممكن كما في الإتلاف، والعددي المتقارب من ذوات الأمثال. وإن باع عقاراً بعقار، أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر؛ لأنه بدله، وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته. قال: وإذا باع بثمان مؤجل: فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمان حال، وإن شاء صبر، حتى ينقضي الأجل، ثم يأخذها، وليس له أن يأخذها في الحال بثمان مؤجل. وقال زفر ^{رحمته}: له ذلك، وهو قول الشافعي ^{رحمته} في القديم؛

بعرض: والمراد منه المتاع القيمي كالعبد مثلاً. (البنية) بقيمته: أي بقيمة العرض عندنا، وقال أهل المدينة: يأخذها بقيمة الدار؛ دفعاً للضرر عن المشتري بوصول قيمة ملكه إليه، ولنا: أن الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري، والمثل نوعان: كامل: وهو المثل صورة ومعنى، وقاصر: وهو المثل معنى، فإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله؛ لقدرته على المثل الكامل؛ لأنهما من ذوات الأمثال، وإن اشتراها بعرض أخذها بقيمة العرض؛ لعجزه عن المثل الكامل؛ لأنه من ذوات القيم، ولئن كان بيع الشيء بالقيمة فهو في مال البقاء، فصار كما لو استحق أحد العبدین، ويعتبر قيمة العرض وقت الشراء لا وقت الأخذ بالقيمة. [الكفاية ٣١٨/٨، ٣١٩] بالقدر الممكن: فإن كان له مثل صورة تملكه به، وإلا فالأمثل من حيث المالية، وهو القيمة. (البنية) كما في الإتلاف إلخ: أي كما إذا أتلف متاع آخر، فإنه يجب عليه مثله إن كان من ذوات الأمثال، وإلا فقيمته. (البنية) وإن باع إلخ: هذا أيضاً من مسائل "القدوري". [البنية ٣٩٥/١٠] للشفيع الخيار إلخ: وفي "الذخيرة": هذا إذا كان الأجل معلوماً، فأما إذا كان مجهولاً نحو: الحصاد والدياس وأشباه ذلك، فقال الشفيع: أنا أعجل الثمن وأخذها لم يكن له ذلك؛ لأن الشراء بالأجل المجهول فاسد، وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد. [الكفاية ٣١٩/٨] قول الشافعي إلخ: وقوله الصحيح كقولنا كما قد ذكرناه في "شرح الأقطع". [البنية ٣٩٥/١٠]

لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزياة والأخذ بالشفعة به، فيأخذه بأصله ووصفه
 كما في الزيوف. ولنا: أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع
 أو المبتاع، وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع؛ لتفاوت الناس في
 الملاعة، وليس الأجل وصف الثمن؛ لأنه حق المشتري، ولو كان وصفاً له لتبعه، فيكون
 حقاً للبائع كالثمن، وصار كما إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل، ثم ولاه غيره، لا يثبت
 الأجل إلا بالذكر، كذا هذا، ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن
 عن المشتري؛ لما بينا من قبل، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري
 بثمن مؤجل كما كان؛ لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع،
 فبقي موجباً، فصار كما إذا باعه بثمن حال، وقد اشتراه مؤجلاً، وإن اختار
 الانتظار له ذلك؛ لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية. وقوله في
 "الكتاب": وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل، مراده الصبر عن الأخذ،
 القُدوري

كما في الزيوف: أي كما لو اشتراها بألف زيوف، فإنه يأخذها بالزيوف. (البنية) وليس الرضا به: دليل آخر،
 وتقريره: لا بد في الشفعة من الرضا؛ لكونها مبادلة، ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل؛ لأن الرضا به في
 حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع؛ لتفاوت الناس في الملاعة. [العناية ٣١٩/٨] وليس الأجل: جواب عن
 قول زفر رَحْمَهُ، ووجهه: أن وصف الشيء يتبعه لامحالة، وهذا ليس كذلك. [البنية ٣٩٦/١٠]
 كذا هذا: أي ما نحن فيه لا يثبت الأجل فيه. (البنية) لما بينا إلخ: أي في أواخر باب طلب الشفعة، وهو:
 أن البيع انفسخ في حق المشتري، وقام الشفيع مقام المشتري في حق المشتري في حق إضافة العقد إليه،
 وبانفساخ العقد يسقط الثمن عن المشتري. [الكفاية ٣٢٠/٨] وقد اشتراه مؤجلاً: البائع الأول يرجع على
 الثاني بالثمن المؤجل. زيادة الضرر: وفي إلزام الشفيع في النقد زيادة ضرر فلا يجوز. [البنية ٣٩٨/١٠]

أما الطلب عليه في الحال، حتى لو سكت عنه ^{الطلب} بطلت شفעתه عند أبي حنيفة
 ومحمد رحمهما، خلافاً لقول أبي يوسف رحمهما الآخر؛ لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع،
 والأخذ ^{بالشفعة} يتراخى عن الطلب، وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن
 حالاً، فيشترط الطلب عند العلم بالبيع. قال: ^{القدوري} وإن اشترى ذمي بخمر أو خنزير
 داراً، وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير؛ لأن هذا البيع مقضي
 بالصحة فيما بينهم، وحق الشفعة يعم المسلم والذمي، والخمر لهم كالحل لنا،
 والخنزير كالشاة، فيأخذ في الأول بالمثل والثاني بالقيمة. قال: ^{القدوري} وإن كان شفيعها
 مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير، أما الخنزير فظاهر، وكذا الخمر لامتناع
 التسليم والتسليم في حق المسلم، فالتحقق بغير المثلي،
^{الخمر}

خلافاً لقول أبي يوسف: احترز بقوله في قوله الآخر عن قوله الأول، روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف رحمهما
 كان يقول أولاً كقولهما ثم رجع، وقال: له أن يأخذها عند حلول الأجل وإن لم يطلب في الحال؛ لأنه لا يمكن
 من الأخذ في الحال، وفائدة الطلب التمكن منه، فيؤخر الطلب إلى وقت حلول الأجل. [البنية ٣٩٨/١٠]
 وإن اشترى ذمي [من ذمي داراً، أو بيعة، أو كنيسة]: قوله: ذمي احتراز عن المسلم، فإن شراء المسلم
 بما ذكر فاسد لا شفعة فيه، وقوله: بخمر أو خنزير احتراز عما إذا اشترى الذمي بميتة أو دم، فإن
 الشراء بهما باطل لا شفعة فيه، أو عن الشراء بما هو متقوم عند الكل، فإن الحكم لا يختلف فيه بين المسلم
 والذمي. وقوله: وشفيعها ذمي احترز به عن المرتد، فإن المرتد لا شفعة له، سواء قتل في رده، أو مات، أو
 لحق بدار الحرب، ولا لورثته؛ لأن الشفعة لا تورث، وأما الحربي المستأمن في وجوب الشفعة له وعليه في
 دار الإسلام سواء بمنزلة الذمي؛ لأنه من جملة المعاملات، وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه في
 دارنا، فيكون بمنزلة الذمي في ذلك. [الكفاية ٣٢١/٨-٣٢٢]

أما الخنزير إلخ: لأنه من ذوات القيم، ووجوب القيمة من ذوات القيم أمر ظاهر. [البنية ٤٠٠/١٠]
 لامتناع التسليم إلخ: لأن المسلم لا يجوز أن يضمن تسليم الخمر في ذمته. (البنية)

وإن كان شفعها مسلماً وذيماً أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر، والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتباراً للبعض بالكل، فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر؛ لعجزه عن تمليك الخمر، وبالإسلام يتأكد حقه لا أن يبطل، فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب، فحضر الشفع بعد انقطاعه: يأخذها بقيمة الرطب، كذا هذا.
عن السوق وإن كان مثلياً

فصل

قال: وإذا بنى المشتري، أو غرس، ثم قضي للشفيع بالشفعة، فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن، وقيمة البناء والغرس، وإن شاء كلف المشتري قلعه، وعن أبي يوسف رحمته أنه لا يكلف القلع، ويخير بين أن يأخذ بالثمن، وقيمة البناء والغرس، وبين أن يترك، وبه قال الشافعي رحمته، إلا أن عنده له أن يقلع، ويعطي قيمة البناء. لأبي يوسف رحمته: أنه مُحِقٌّ في البناء؛ لأنه بناه على أن الدار ملكه،
والحق لا يكلف القلع

أسلم الذمي: بعد ثبوت حق الشفعة له. وبالإسلام: لأن الإسلام سبب لتأكد حقه. [البنية ١٠/٤٠١] كذا هذا: أي ما نحن فيه حيث يأخذ بنصف قيمة الخمر. (البنية) فصل: الأصل في المشفوع: عدم التغير، والتغير بالزيادة أو النقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض، فكان جديراً بالتأخير في فصل على حدة. [العناية ٨/٣٢٢] أخذها بالثمن: الذي اشتراه به المشتري.

ويعطي قيمة البناء [أي نقصان البناء الذي حصل بالقلع]: أي يضمن أرش النقصان والبناء للمشتري، فالحاصل: أن عند أبي يوسف رحمته إن شاء أخذ به قيمة البناء والغرس قائمين على الأرض غير مقلوعين، وإن شاء ترك، وعند الشافعي رحمته: له خيارات ثلاث: اثنان ما قاله أبو يوسف رحمته، والآخر: أن له أن يقلع البناء، ويضمن أرش النقصان، والتفاوت بين قول الشافعي رحمته وقولهما في الأمر بالقلع، أن عنده يضمن نقصان القلع، وعندهما لا يضمن نقصانه، وذكر في التنبيه لأصحاب الشافعي رحمته: أن للشفيع أن يقلع، والمقلوع للمشتري، ويضمن الشفع أرش القلع. [الكفاية ٨/٣٢٢]

والتكليف بالقلع من أحكام العدوان، وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً، وكما إذا زرع المشتري، فإنه لا يكلف القلع؛ وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى، فيصار إليه. ووجه ظاهر الرواية: أنه بني في محل تعلق به ^{المشتري} حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق، فينقض كالراهن إذا بني في ^{البناء والغرس ينقض بناء المرهن المرهن} المرهون؛ وهذا لأن ^{النقض} حقه أقوى من حق المشتري؛ لأنه يتقدم عليه، ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته، بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة ^{المشتري} رحمه الله؛

أحكام العدوان: أي الظلم؛ لأنه غير متعد في الغرس والبناء؛ لأنه فعل في ملكه. [البنية ٤٠٣/١٠] وصار كالموهوب له إلخ: يعني أن الموهوب له إذا بني في الأرض الموهوبة ليس للواهب أن يقلع بناءه، ويرجع في الأرض؛ لأنه بناء في ملكه، وكذلك المشتري شراء فاسداً عند أبي حنيفة رحمه الله، وكما إذا زرع المشتري ثم جاء الشفيع، فإنه لا يأخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع. [الكفاية ٣٢٢/٨] وهذا: أي ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس. [البنية ٤٠٤/١٠]

دفع أعلى الضررين [وهو ضرر المشتري، وهو القلع من غير عوض يقابله] إلخ: بيانه: أنه اجتمع ههنا ضرران؛ لأنه في تكليف المشتري القلع ضرر لا جابر له، ولو أوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الأخذ يلزمه ضرر زيادة الثمن، إلا أن له جابراً؛ لأنه يدخل في مقابله في ملكه عوض، وهو البناء، والضرر يبذل أهون من الضرر بغير بدل، فيصار إليه. [الكفاية ٣٢٣/٨] حق متأكد للغير: أي حق لا يتمكن أحد من إبطاله بدون رضاه. [البنية ٤٠٤/١٠] من غير تسليط إلخ: احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد، فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع. [العناية ٣٢٣/٨]

لأن حقه أقوى إلخ: فلا مساواة بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر؛ لأن الترجيح إنما يصار إليه عند التساوي. بخلاف [أي بخلاف بناء الموهوب له، والمشتري بالشراء الفاسد] الهبة إلخ: متصل بقوله: من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض، وإنما قيد بقوله: "عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد إذا بني المشتري في المشتري، إنما هو قوله، وأما عندهما: فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية. [العناية ٣٢٣/٨]

لأنه حصل بتسليط من جهة مَنْ له الحق، ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف،
 فلا ينقض ^{الهبة والبيع الفاسد} ولهذا لا يبقى بعد البناء، وهذا الحق ^{حق الشفعة} يبقى، فلا معنى لإيجاب القيمة كما في
 الاستحقاق، ^{بقلع المستحق} والزرع يُقلع قياساً، وإنما لا يقلع استحساناً؛ لأن له نهاية
 معلومة، ويبقى بالأجر، وليس فيه كثير ضرر، ^{بعدم قلعه} وإن أخذه بالقيمة يُعتبر قيمته
 مقلوعاً كما بيناه في الغصب. ولو أخذها الشفيع، ^{بالتأخير} فبني فيها أو غرس، ثم
 استحققت رجع بالثمن؛ لأنه تبين أنه أخذه ^{للفظ القدوري} بغير حق، ولا يرجع بقيمة البناء
 والغرس لا على البائع إن أخذها منه، ولا على المشتري إن أخذها منه،
 وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يرجع؛

ولهذا لا يبقى إلخ: قيل فيه نظر؛ لأن الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد، إنما لا يبقى على مذهب
 أبي حنيفة رحمه الله: فالاستدلال به لا يصح، والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية، أو لأنه لما كان ثابتاً
 بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما. (العناية) فلا معنى إلخ: راجع إلى أول الكلام، يعني: إذا ثبت التكليف بالفعل
 فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع؛ لأن الشفيع بمنزلة المستحق، والمشتري إذا بنى أو غرس ثم استحق،
 رجع المشتري بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق، فكذلك ههنا. [العناية ٣٢٤/٨]
 والزرع إلخ: جواب عن قوله: وكما إذا زرع المشتري، أي القياس يقتضي أن الزرع أيضاً يقلع؛ لأنه
 يشغل ملك الغير. [البناء ٤٠٦/١٠] وإن أخذه إلخ: معطوف على مقدر دل عليه التخيير، وتقديره:
 الشفيع بالخيار، إن شاء كلف القلع وإن شاء أخذه بالقيمة، فإن كلفه فذاك، وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته
 مقلوعاً. (العناية) في الغصب: يعني أن الغاصب إذا بنى أو غرس في المغصوبة، يؤمر بقلع البناء والغرس،
 فإن كانت الأرض تنقض بقلع البناء والغرس، للمالك أن يضمن قيمتها مقلوعين للغاصب. [البناء ٤٠٧/١٠]
 بالثمن إلخ: لا غير أخذه من البائع أو المشتري. [العناية ٣٢٥/٨] بغير حق: لأن الأرض لم تكن في ملكه.
 أنه يرجع: بقيمة البناء والغرس أيضاً. [البناء ٤٠٨/١٠]

لأنه متملك عليه، فنزلاً منزلة البائع والمشتري. والفرق على ما هو المشهور: أن المشتري مغرور من جهة البائع، ومسّط عليه من جهته، ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري؛ لأنه مجبور عليه. قال: وإذا تهدمت الدار، أو احترق بناؤها، أو جف شجر البستان بغير فعل أحد: فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن؛ لأن البناء والغرس تابع، حتى دخلاً في البيع من غير ذكر، فلا يقابلها شيء من الثمن ما لم يصّر مقصوداً، ولهذا جاز بيعها مرابحةً بكل الثمن في هذه الصورة، بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته؛ لأن الفاتت بعض الأصل. قال: وإن شاء ترك؛ لأن له أن يمتنع عن تملك الدار بماله. قال: وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع: إن شئت فخذ العرصه بحصتها، وإن شئت فدع؛ لأنه صار مقصوداً بالإتلاف، فيقابل به شيء من الثمن، بخلاف الأول؛ لأن الهلاك بآفة سماوية،

لأنه متملك عليه إلخ: أي لأن الشفيع متملك على من أخذ منه، فينزل الشفيع، ومن أخذ منه منزلة البائع والمشتري إذا بنى واستحقت، فإنه يرجع بقيمة البناء على البائع، ووجه المشهور: أن حق الرجوع بقيمة البناء إنما يثبت لرفع الغرور، والبائع التزم السلامة للمشتري عن الاستحقاق، فصار المشتري مغروراً من جهة البائع، ولا غرور في حق الشفيع؛ لأنه يملك على صاحب اليد جبراً بغير اختيار منه فلا يرجع. [الكفاية ٣٢٥/٨] بغير فعل أحد: قيد بقوله: من غير فعل أحد؛ لأنه إذا هدمها المشتري، فإنه يقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً، وعلى قيمة الأرض، فما أصاب الأرض يأخذها الشفيع بذلك، وكذلك نزع باباً من الدار فباعه، هكذا ذكر الكرخي في "مختصره". [البنية ٤٠٩/١٠]

فلا يقابلها: أي لا يقابل البناء والغرس، وفي بعض النسخ: فلا يقابل، أي كل واحد منهما، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول، وأحمد رحمه الله في رواية، وهو رواية المزني وهو الأصح. [البنية ٤١٩/١٠] بحصتها إلخ: يقسم الثمن على قيمة الأرض، وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الأرض بحصتها من الثمن. [الكفاية ٣٢٦/٨]

وليس للشفيع أن يأخذ النقض؛ لأنه صار مفصولاً فلم يبق تبعاً ^{القدوري} قال: ومن ابتاع أرضاً وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها، ومعناه: ^{قول القدوري} إذا ذكر الثمر في البيع؛ لأنه لا يدخل من غير ذكر، وهذا الذي ذكره استحسان، وفي القياس: لا يأخذه؛ لأنه ليس بتبع، ألا يرى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر، فأشبه المتاع في الدار، وجه الاستحسان: أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار، وما كان مركباً فيه، فيأخذه الشفيع. قال: وكذلك إن ابتاعها، وليس في النخيل ثمر، فأثمر في يد المشتري، يعني: يأخذه الشفيع؛ لأنه مبيع تبعاً؛ لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيعة. ^{المصنف} قال: فإن جذه المشتري، ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً، لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولاً عنه فلا يأخذه.

صار مفصولاً: أي صار مما يحول وينقل، ومثل ذلك لا يتعلق به الشفعة. (البناء) لا يأخذه: وبه قال أحمد والشافعي فهو للمشتري، فيبقى في الجذاذ كالزراع، وكذا الثمرة المحدث في يد المشتري كان له، ويبقى إلى الجذاذ عندهما، وقول مالك كقولنا. [البناء ٤١٢/١٠] فأشبه المتاع: أي فأشبه المتاع الموضوع في الدار المبيعة، فإنه لا يدخل في البيع من غير ذكر؛ لأنه ليس بتبع، فكذا هذا. [البناء ٤١٣/١٠] مركباً فيه: كالأبواب والمفاتيح والأغلاق والسلم المركبة. (الكفاية) فأثمر في يد الخ: قيد بقوله: في يد المشتري؛ لأنه إذا أثمر في يد البائع قبل القبض، ثم قبضه المشتري، له حصة من الثمن كما إذا كان موجوداً في وقت الشراء. (الكفاية) في ولد المبيع: فإن الجارية المبيعة إذا ولدت ولداً قبل قبض المشتري يسري حكم البيع إلى الولد، حتى يكون الولد أيضاً ملك المشتري كأمه. [الكفاية ٣٢٧/٨] في الفصلين جميعاً الخ: أي في فصل ما إذا كان في النخيل ثمر حين وقع الشراء، ثم جذه المشتري، وفي فصل ما إذا لم يكن على النخيل ثمر ووقع الشراء على الأرض والنخيل، فأثمر في يد المشتري، ثم جذه المشتري لا يأخذ الشفيع الثمر في الفصلين. [الكفاية ٣٢٦/٨]

قال في "الكتاب" ^{مختصر القدوري}: وإن جذّه المشتري سقط عن الشفيع حصّته قال رضي الله عنه: وهذا جواب
 الفصل الأول؛ لأنه دخل في البيع مقصوداً، فيقابله شيء من الثمن. أما في الفصل
 الثاني: يأخذ ما سوى الثَّمَر بجميع الثمن؛ لأن الثمر لم يكن موجوداً عند العقد،
 فلا يكون مبيعاً إلا تبعاً، فلا يقابله شيء من الثمن، والله أعلم.

الفصل الأول: وهو ما إذا ابتاع أرضاً وعلى نخلها ثمر. (الكفاية) الفصل الثاني: وهو ما إذا ابتاعها
 وليس في النخيل ثمر، ثم أثمر في يد المشتري فأخذه. [البنية ١٠/٤١٤] فلا يكون مبيعاً إلخ: وهذا جواب
 ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رضي الله عنه: في قوله الأول: يأخذها بحصتها من الثمن في الفصل الثاني، وعند
 الشافعي وأحمد رضي الله عنهما: يرفع حصته من الثمن في جميع الصور. [البنية ١٠/٤١٤]

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال: الشُّفْعَةُ واجبة في العقار، وإن كان مما لا يُقَسَّم، وقال الشافعي رحمته الله: لا شفعة في ما لا يُقَسَّم؛ لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة، وهذا لا يتحقق فيما لا يُقَسَّم، ولنا: قوله عليه السلام: "الشفعة في كل شيء عقار، أو ربع" * إلى غير ذلك من العمومات، ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك، والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر، وأنه ينتظم القسمين ما يُقَسَّم وما لا يُقَسَّم وهو الحمام، والرحى، والبئر، والطريق. قال: ولا شفعة في العروض والسفن؛ لقوله عليه السلام: "لا شفعة إلا في ربع أو حائط" ** القدوري

باب ما تجب إلخ: ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملًا؛ لأن التفصيل بعد الإجمال كذا في الشروح. [نتائج الأفكار ٣٢٦، ٣٢٧/٨] في العقار إلخ: وهو كل ما له أصل من دار أو ضيعة، والربع الدار حيث كانت في المصر أو القرى. (الكفاية) مما لا يقسم إلخ: أي لا يحتمل القسمة، أي لو قسم قسمة حسية لا يتفع بها كالحمام والرحى أي بيت الرحى مع الرحى. [الكفاية ٣٢٧/٨] وقال الشافعي إلخ: والخلاف بيننا وبينه راجع إلى أصل، وهو: أن من أصل الشافعي رحمته الله أن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة، وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة، وعندنا لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام، وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال أحد المالكين بالآخر على وجه التأيد والقرار. (الكفاية) على ما مر: في أوائل كتاب الشفعة. [البنية ٤١٧/١٠] والرحى: والمراد به بيت الرحى؛ لأن الرحى اسم للحجر. (البنية) أو حائط: في "المغرب": الحائط البستان، وأصله ما أحاط به. [الكفاية ٣٢٧/٨]

* روى إسحاق بن راهويه في "مسنده" أخبرنا الفضل بن موسى ثنا أبو حمزة السكري عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الشريك شافع، والشفعة في كل شيء". [نصب الراية ١٧٧/٤]

** رواه البزار في "مسنده" حدثنا عمرو بن علي ثنا أبو عاصم ثنا ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا شفعة إلا في ربع أو حائط، ولا ينبغي له أن يبيع حتى يستأمر صاحبه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك". [نصب الراية ١٧٨/٤]

وهو حجة على مالك رحمته في إيجابها في السفن، ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع الحدث ضرر سوء الجوار على الدوام، والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار، فلا يلحق به، وفي بعض نسخ "المختصر" مختصر القدوري: ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة، وهو صحيح مذكور في "الأصل" المبسوط؛ لأنه لا قرار له، فكان نقلياً، وهذا بخلاف العلو، حيث يُستحق بالشفعة، ويستحق به الشفعة في السفن إذا لم يكن طريق العلو فيه؛ لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار. قال: والمسلم والذمي في الشفعة سواء؛ للعمومات، ولأنهما يستويان في السبب والحكمة، فيستويان دفع ضرر الجوار في الاستحقاق، ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى، والصغير والكبير، والباغي والعادل،

لا يدوم حسب إلخ: لأن المنقول يشتري ويباع عادة على حسب الحاجة، ولا كذلك العقار. العرصة: وهو كل بقعة من الدار واسعة ليس فيها بناء. (البناء) بخلاف العلو إلخ: يتعلق بقوله: "ولا شفعة في البناء"، والعلو مجرد بناء، فكان ينبغي أن لا يكون فيه شفعة، إلا أنه التحق بالعقار. [الكفاية ٣٢٧/٨، ٣٢٨] إذا لم يكن طريق إلخ: هذا لبيان أن استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة، وليس هو لنفي الشفعة إذا كان له طريق في السفلى، بل إذا كان له طريق في السفلى كان استحقاق صاحب العلو الشفعة في السفلى بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار حتى أنه يكون مقدماً على الجار كما لو باع العلو وكان لذلك العلو طريق في دار رجل، صار صاحب الدار التي فيها الطريق أولى من صاحب الدار التي عليها العلو؛ لما مر أن الشريك في الطريق مقدم على الجار. [الكفاية ٣٢٨/٨]

سواء إلخ: وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة للذمي؛ لأن الأخذ بالشفعة وفق شرعي، فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة، وهو الكافر، ولكن نأخذ بما قضى به شريح رحمته، وقد تأيد ذلك بإمضاء عمر رضي الله عنه. [الكفاية ٣٢٨/٨] والصغير والكبير: أي سواء، وهذا عندنا، وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة للصغير؛ لأن وجوبها لدفع ضرر التأذي لسوء المجاورة، وذلك عن الكبار دون الصغار، ولأن الصغير في الجوار تبع، فهو في معنى المستعير والمستأجر. ولكننا نقول: سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير، وهو الشركة أو الجوار ثم هو محتاج إلى الأخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه، وإن لم يكن محتاجاً إلى ذلك في الحال، وكذلك تثبت الشفعة عندنا للحنين أيضاً. [الكفاية ٣٢٨/٨]

والحر والعبد إذا كان مأذوناً، أو مكاتباً. قال: وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة؛ لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه، وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر. قال: ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها، أو يخالع المرأة بها، أو يستأجر بها داراً أو غيرها، أو يصالح بها عن دم عمد، أو يعتق عليها جعلت بدل الخلع جعلت أجرة عبداً؛ لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال؛ لما بينا، وهذه الأعواض ليست بأموال، فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع، وعند الشافعي رحمه الله: تجب فيها الشفعة؛ لأن هذه الأعواض متقومة عنده، فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض، بخلاف الهبة؛ لأنه لا عوض فيها رأساً،

إذا كان مأذوناً إلخ: وهذا إذا كان بائع الدار غير المولى، فالمسألة مجرى على عمومها، أما إذا كان البائع مولى العبد والعبد شفيعها، فللعبد الشفعة إذا كان عليه دين، وإلا فلا، وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها، فإن لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى؛ لأن بيع العبد وقع له، وإن كان عليه دين فله الشفعة؛ لأن بيعه كان لغرمائه. [الكفاية ٣٢٨/٨] صورة: كالمكيل والموزون والقدر المتفاوت. [البنية ٤٢٣/١٠] أو قيمة: أي فيما لا مثل له وهو الذي يتفاوت أحاده. (البنية) على ما مر: أي في فصل ما يؤخذ به المشفوع في قوله: ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته. [الكفاية ٣٢٩/٨] أو غيرها إلخ: أو يستأجر بها غير الدار بأن جعلها أجرة عبد أو حانوت أو رحي. [البنية ٤٢٣/١٠، ٤٢٤] يصالح بها: أي جعلت بدلاً في الصلح. يعتق عليها عبداً: بأن قال لعبده: أعنتك على هذه الدار. [البنية ٤٢٤/١٠] لما بينا: أي قوله: لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع إلخ. (البنية) خلاف المشروع إلخ: لأن الشفيع لا يقدر على تملك هذه الأشياء للمشتري، حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به. [العناية ٣٢٩/٨] متقومة عنده إلخ: إذ التقويم حكم شرعي، شرع لجعل هذه الأشياء مضمونة لهذه الأعواض، وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء، وكذا المنافع عنده متقومة كالأعيان. [البنية ٣٢٥/١٠، ٣٢٤] بقيمتها إلخ: وهو مهر المثل، وأجر المثل في الزواج والخلع والإجارة وقيمة الدار، والعبد في الصلح والإعتاق. [العناية ٣٢٩/٨] بالعرض: فإنه يأخذ الشفيع بقيمة العرض لتعذر المثل. [البنية ٤٢٥/١٠]

وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهرًا، أو ما يضاهيه؛ لأنه لا شفعة عنده ^{الشافعي} إلا فيه. ^{يتحقق} ونحن نقول: إن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الإجارة ^{الشركة} ضروري، فلا يظهر في حق الشفعة، وكذا الدم والعق غير متقوم؛ لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب، ^{وهو المالية} ولا يتحقق فيهما. وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرًا؛ لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلًا بالبضع؛ بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل، أو بالمسمى؛ لأنه مبادلة مال بمال، ^{الدار}

أو ما يضاهيه: أي أوجعل ما يضاهي المهر أي يشابهه بأن جعل شقصاً من الدار بدل الخلع أو الأجرة، أو بدل الصلح أو بدل العتق. [البنية ١٠/٤٢٥] ونحن نقول: جواب عن جعل هذه الأعواض متقومة. (العناية) إن تقوم إلخ: يعني أن تقوم منافع البضع بالعقود ضروري، فلا يظهر في حق الشفعة؛ وهذا لأن المال ليس بمثل للمستحق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى، فلم يصلح قيمة له؛ لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه؛ لاتحادهما في المعنى الخاص، وهذا المعنى لا يتحقق بين المال وبين المستحق بعقد النكاح، غير أن الشرع جعل ملك النكاح مضموناً بالمهر إبانة لخطره وإعظاماً لقدره، وصوناً لهذا العقد عن التشبه بالإباحة، فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة، فلا يظهر معنى التقوم في حق الشفع. وكذا المنافع ليست بأموال عندنا؛ ولهذا لا يضمن بالغصب والإتلاف على ما مر في الغصب، وإنما يظهر تقومها في العقد للضرورة، فلا يظهر في غيره. [الكفاية ٨/٣٢٩، ٣٣٠]

وكذا الدم والعق إلخ: وإنما أفردهما؛ لأن تقومهما أبعد؛ لأنهما ليسا بمالين فضلاً عن التقوم. (العناية) لأن القيمة ما إلخ: لأن القيمة إنما سميت بها؛ لقيامها مقام الغير، وإنما تقوم مقام الغير باعتبار المالية لا بغيرها من الأوصاف كالجوهرية والجسمية وغير ذلك، ولامالية في الدم والعق. [البنية ١٠/٤٢٦] ولا يتحقق فيهما إلخ: أي ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما، وهو المالية في الدم والعق؛ لأن العتق إسقاط وإزالة، والدم ليس إلا حق الاستيفاء، وليس من جنس ما يتمول به ويدخر. [العناية ٨/٣٣٠]

بخلاف ما إذا إلخ: يعني تجب الشفعة، فإن قيل: كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل، قلنا: جاز أن يكون معلوماً عندهما، ولأنه جهالة في الساقط، فلا يفضي إلى المنازعة، فلا يفسد البيع. [العناية ٨/٣٣٠]

ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً، فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة رحمته، وقالوا: تجب في حصّة الألف؛ لأنه مبادلة مالية في حقه، وهو يقول: معنى البيع فيه تابع، ولهذا ينعقد بلفظ النكاح، ولا يفسد بشرط النكاح فيه، ولا شفعة في الأصل، والمقصود النكاح فكذا في التبع، ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة، حتى أن المضارب إذا باع داراً، وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصّة الربح؛ لكونه تابعاً فيه. قال: أو يُصالح عليها بإنكار، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة، قال القُدوري هكذا ذكر في أكثر نسخ "المختصر". والصحيح: أو يُصالح عنها بإنكار مكان قوله: أو يصالح عليها؛ لأنه إذا صالح على المال عنها بإنكار بقي الدار في يده، فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه، وكذا إذا صالح المدعى عليه عنها بسكوت؛ لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداءً ليمينه، وقطعاً لشغب خصمه، كما إذا أنكر صريحاً، بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار؛ لأنه معترف بالملك للمدعي، وإنما استفاده بالصلح، المدعى عليه

في حصّة الألف: أن يقسم الدار على مهر مثلها ألف درهم، فما أصاب الألف تجب فيه الشفعة، وبه قال أحمد رحمته. (البنية) في حقه: أي فيما يخص الألف. (البنية) ولا يفسد بشرط إلخ: أي لو كان البيع أصلاً يفسد بشرط النكاح، كما لو قال: بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجني نفسك مني. [البنية ٤٢٧/١٠] إذا باع داراً: صورته: إذا كان رأس المال ألفاً، فاتجر المضارب وربح ألفاً، ثم اشترى بالألفين داراً، ورب المال شفعيها، ثم باع الدار بالألفين، فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصّة المضارب من الربح باعتبار أن الربح تبع لرأس المال، وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال؛ لأن البيع كان لرب المال؛ لأن المضارب وكيل لرب المال في حقه، وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل، فكذا في حصّة الربح. [الكفاية ٢٣٠/٨] أو يصالح عليها: عطف القُدوري قوله: "أو يصالح عليها بإنكار" على قوله: أو يعتق عليها عبداً من الصور التي لا يجب فيها الشفعة. [العناية ٣٣٠/٨، ٣٣١] كما إذا أنكر إلخ: حيث لا شفعة فيه. [البنية ٤٢٩/١٠]

فكان مبادلةً ماليةً، أما إذا صالح عليها بإقرار، أو سكوت، أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك؛ لأنه أخذها عوضاً عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه، فيعامل بزعمه. قال: ولا شفعة في هبة؛ لما ذكرنا، إلا أن تكون بعوض مشروط؛ لأنه يبيع ^{المدعى} ^{الدار} ^{وقت العقد} انتهاءً، ولا بد من القبض، وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً؛ لأنه هبة ابتداءً، وقد قررناه في كتاب الهبة، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد؛ لأن كل واحد منهما هبة مطلقة، إلا أنه أثيب منها، فامتنع الرجوع. قال: ومن باع بشرط الموهوب وعوضه ^{عوض} ^{الدار} الخيار فلا شفعة للشفيع؛ لأنه يمنع زوال الملك عن البائع، فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة؛ لأنه زال المانع عن الزوال، ويشتترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح؛ لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك. وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة؛ ^{سقوط الخيار} ^{الملك عن البائع} ^{خيار البائع}

فكان مبادلةً إلخ: فوجبت فيه الشفعة. [البنية ٤٢٩/١٠] إذا لم يكن إلخ: أي إذا لم يكن العوض من جنس حقه، وقيد بذلك؛ لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان أخذاً حقه، فليس فيه معاوضة، فلا يجب الشفعة. [العناية ٣٣١/٨] لما ذكرنا: يريد به قوله: "ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية"، وقوله: بخلاف الهبة؛ لأنه لا عوض فيها رأساً. [الكفاية ٣٣١/٨] ولا بد من القبض: وهذا عندنا خلافاً لزفر رحمته؛ فإنه إذا وهب لرجل داراً على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابض، وبعد التقابض تجب للشفيع فيها الشفعة، وعلى قول زفر رحمته تجب الشفعة قبل التقابض، وهو بناء على ما بينا في كتاب الهبة، أن الهبة بشرط العوض عنده يبيع ابتداءً وانتهاءً، وعندنا هبة ابتداءً، ومنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين. [الكفاية ٣٣١/٨] في كتاب الهبة: لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً. [العناية ٣٣١/٨] بخلاف ما إذا إلخ: فإنه لا تثبت الشفعة لا في الموهوب، ولا في العوض إن كان العوض داراً. [العناية ٣٣١/٨] في الصحيح: احتراز عن قول بعض المشايخ: إنه يشترط الطلب عند وجود البيع؛ لأنه هو السبب. [العناية ٣٣١/٨]

لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق، والشفعة تبتنى عليه ^{زوال الملك} على ما مر، وإذا أخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد، ولا خيار للشفيع؛ لأنه يثبت ^{خيار الشرط} بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع، وإن بيعت داراً إلى جنبها، والخيار لأحدهما، فله الأخذ بالشفعة. أما للبائع فظاهر؛ لبقاء ملكه في التي يشفع بها، وكذا إذا كان ^{إذا كان الخيار} للمشتري، وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده. وإذا أخذها كان إجازةً منه للبيع، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل، ^{المشترأة بالشفعة} خياره بأخذ ما بيع بجنبها ^{خيار الرؤية} بالشفعة؛ لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال،

على ما مر: أي في أوائل كتاب الشفعة في قوله: والشفعة تجب بعقد البيع إلى أن قال: والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار. (الكفاية) في الثلاث: أي مدة الخيار التي هي الثلاث. [البنية ٤٣٣/١٠] إنما قيد بالثلاث؛ لتكون المسألة على الاتفاق. [الكفاية ٣٣١/٨] وجب البيع: أي تقرر البيع الذي جرى بين البائع والمشتري بشرط الخيار، وإنما ذكر هذا؛ لأن المشتري بشرط الخيار لو رد المبيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق، بل انفسخ من الأصل، فحينئذ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة؛ لأن هذا ليس ما قاله، بل انفساخ من الأصل، فكان السبب منعدمًا في حقه من الأصل. [الكفاية ٣٣١/٨] لأحدهما: أي والحال أن الخيار لأحد المتعاقدين. (البنية) وفيه إشكال: وهو أنه لا يثبت له الملك عند أبي يوسف كيف يأخذها بالشفعة، وقد كان البلخي يدعي المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله حيث قال: إذا كان الخيار للمشتري لا يملك البيع، وههنا نقول بقولنا: أخذ الشفعة وهو مستلزم للملك، وحل الإشكال: إن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها؛ لأن ما يثبت إلا بدفع ضرر سوء الجوار، وذلك بالاستدامة، فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه، فيثبت الملك من وقت الشراء، فيتبين أن الجوار كان ثابتاً. [البنية ٤٣٤/١٠] أوضحناه: أي أوضحنا الإشكال في البيوع. (البنية) وإذا أخذها: يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة، كان الأخذ منه إجازةً للبيع الأول، فيسقط خياره؛ لما ذكرنا في طرق البائع.

فكيف بدلالته، ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية؛ لانعدام المصنف المشتراة بشرط الخيار المشتراة بالشفعة ملكه في الأولى حين بيعت الثانية. قال: ومن ابتاع داراً شراءً فاسداً فلا شفعة فيها، القدوري البائع أما قبل القبض؛ فلعدم زوال ملك البائع، وبعد القبض؛ لاحتمال الفسخ، وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز، بخلاف الأخذ بالشفعة ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح؛ لأنه صار أخص به تصرفاً، وفي البيع الفاسد ممنوع عنه. قال: فإن سقط حق الفسخ وجبت الشفعة؛ لزوال المانع، وإن تصرف بيعت داراً بجنبها وهي في يد البائع بعد، فله الشفعة؛ لبقاء ملكه، وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها؛ لأن الملك له، المشتري

فكيف بدلالته: أخذ ما بيع بجنبها شفعة. شراءً فاسداً إلخ: تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فاسداً ابتداءً؛ لأن الفساد إذا كان بعد انعقادها صحيحاً، فحق الشفعة باق على حاله، ألا ترى أن النصراني إذا اشترى من نصراني داراً بخمر، ولم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما، أو قبض الدار ولم يقبض الخمر، فإنه يفسد البيع، وحق الشفع في الشفعة باق؛ لأن فساده بعد وقوعه صحيحاً. [العناية ٣٣٢/٨] لاحتمال الفسخ إلخ: لأن كل واحد من المتبايعين بسبيل من نقضه، والنقض مستحق حقاً لله تعالى، وفي إثبات الشفعة إسقاط حق الفسخ، وفيه تقرير الفساد، فلا يجوز لإفضائه إلى التناقض. [الكفاية ٣٣٢/٨، ٣٣٣] بخلاف ما إذا إلخ: [حيث يثبت له الشفعة مع احتمال الفسخ. (الكفاية)] جواب عما يقال: احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم، ولم يمنع حق الشفعة. وتقرير الجواب: أن مشتري ذلك صار أخص بالمبيع تصرفاً، حيث تعلق بتصرفه الفسخ والإجازة، وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داره، وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه. [العناية ٣٣٣/٨] حق الفسخ: بأن باع المشتري من آخر وجبت الشفعة؛ لأن امتناع حق الشفعة إنما كان لثبوت حق الفسخ، فإذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة، وللشفيع أن يأخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور، أو ينقض البيع الثاني، ويأخذه بالبيع الأول بقيمته. [الكفاية ٣٣٣/٨]

ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفעתه كما إذا باع، بخلاف ما إذا سلم بعده؛ لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط، فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه. وإن استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له، بطلت؛ لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة، وإن استردها ^{شفعة المشتري} ^{الدار المبيعة} بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه؛ لما بينا. قال: وإذا اقتسم الشركاء العقار، فلا شفعة لجارهم بالقسمة؛ لأن القسمة فيها معنى الإفراز، ولهذا يجري فيها الجبر، والشفعة ما ^{القسمة جبر القاضي} شرعت إلا في المبادلة المطلقة. قال: وإذا اشترى داراً، فسلم الشفيع الشفعة، ثم ردها ^{القدوري} المشتري بخيار رؤية، أو شرط، أو بعب بقاء قاضي، فلا شفعة للشفيع؛ لأنه فسخ من ^{هذا الرد} كل وجه، فعاد إلى قديم ملكه، والشفعة في إنشاء العقد، ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه. قال: وإن ردها بعب بغير قضاء، أو تقايلاً البيع، فللشفيع الشفعة؛ لأنه فسخ ^{هذا الرد} في حقهما؛ لولايتهما على أنفسهما، ^{المتعاقدين}

إن سلم البائع: الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري قبل الحكم بالشفعة للبائع، بطلت الشفعة؛ لزوال ما كان يستحقها به. [العناية ٣٣٤/٨] كما إذا باع: أي كما إذا باع البائع الدار. (البنية) بعده: أي بعد الحكم بالشفعة للبائع. [البنية ٤٣٨/١٠] بعد الحكم: أي وإن استرد البائع المبيعة بيعاً فاسداً بعد حكم القاضي بالشفعة للمشتري. (البنية) بقيت الثانية: أي الدار الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة. (البنية) لما بينا: أشار به إلى قوله: لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط. (البنية) معنى الإفراز: وهو تمييز الحقوق. (البنية) المبادلة المطلقة: وهي المبادلة من كل وجه. [البنية ٤٣٩/١٠] في إنشاء العقد: أي الشفعة تجب إلى إحداث عقد. (البنية) في هذا: يعني فيما إذا كان الرد بالقضاء. (البنية) بين القبض إلخ: حيث لا تجب الشفعة في الوجهين؛ لأنه فسخ من الأصل. [البنية ٤٤٠/١٠]

وقد قصدنا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع، وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي، والشفيع ثالث، ومراده الرد بالعيب بعد القبض؛ لأن قبله فسخ من الأصل، وإن كان بغير قضاء على ما عرف. وفي "الجامع الصغير": ولا شفعة في ^{فلا شفعة} قسمة، ولا خيار رؤية، وهو بكسر الراء، ومعناه: لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية؛ لما بيناه، ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة؛ لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة: أنه ثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط؛ لأنهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا، وهذا المعنى موجود في القسمة، والله سبحانه أعلم.

قصدنا الفسخ: فيكون فسخاً في حقهما. (البنية) ومراده الرد: أي مراد القدوري من قوله: "ثم ردها بعيب بغير قضاء قاض" للرد بعد القبض؛ لأن الرد قبل القبض فسخ وإن كان بغير قضاء قاض. [البنية ١٠/٤٤٠، ٤٤١] وفيه نظر؛ لأنه يناقض قوله هناك: ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه. [العناية ٨/٣٣٤] فسخ من الأصل: لعدم تمام الملك، ولهذا ينفرد الراد به من غير أن يحتاج به إلى رضا صاحبه أو قضاء قاض. [الكفاية ٨/٣٣٥] لما بيناه: أنه فسخ من كل وجه.

ولا تصح الرواية إلخ: وتبع المصنف في ذلك فخر الإسلام البزدوي والصدر الشهيد حيث أنكر رواية الفتح، وأثبتها الفقيه أبو الليث في شرح "الجامع الصغير" فقال: معناه: لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية في القسمة أيضاً، وإنما لم يجب في القسمة خيار رؤية؛ لأنه لا فائدة في رده كان له أن يطلب القسمة من ساعته، فلا يكون في الرد فائدة. [البنية ١٠/٤٤٢] في القسمة إلخ: لما فيها من معنى المبادلة، والمبادلة أغلب في غير المكيل والموزون، فيجوز فيها خيار الرؤية، ولا يجوز في المكيل والموزون؛ لأن معنى الإفراز فيها هو الأغلب، ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير إذن صاحبه.

باب ما تبطل به الشفعة

قال: وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين عِلِمَ بالبيع، وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته؛ لإعراضه عن الطلب؛ وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة. وكذلك إن أشهد في المجلس، ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار، بطلت شفعته. وقد أوضحناه فيما تقدم. قال: وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته،

باب: ولا شك أن البطلان يقتضي الثبوت سابقاً إما صورة أو معنى، فلذلك ذكر هذا الباب بعد ما ذكر ما يثبت به الشفعة. (النهاية) الإشهاد: يعني طلب الموائبة، وإنما فسرنا بذلك؛ لفلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الإشهاد ليس بشرط، فإن ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله. [العناية ٢٣٥/٨] يقدر على ذلك: أي والحال أنه يقدر على ذلك الإشهاد حين العلم. (الباية) أشهد في المجلس: أراد به طلب الموائبة، وترك طلب التقرير، فإنه يسقط شفعته أيضاً. (الباية) فيما تقدم: أشار به إلى ما ذكره في باب طلب الشفعة. [الباية ٤٤٤/١٠] على عوض: إشارة إلى أن الصلح إن كان على بعض الدار صح، ولم تبطل الشفعة؛ لأن ذلك على وجهين: أحدهما: أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن، وفيه الصلح جائز لفقد الإعراض. والثاني: أنه يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن، والصلح فيه لا يجوز؛ لأن حصته مجهولة، وله الشفعة؛ لفقد الإعراض. [العناية ٣٣٧/٨]

بطلت شفعته: بلا خلاف بين الأئمة الأربعة. [الباية ٤٤٤/١٠] أما بطلان الشفعة؛ فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل؛ لأنه مجرد حق التملك، وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه، وأما رد العوض؛ فلأن حق الشفعة إسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط، يعني: الشرط الملائم، وهو أن يتعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال، مثل قول الشفيع للمشتري: سلمتك شفعة هذه الدار على أن أجرتنيها، أو أعرتنيها، فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال أولى، والفاصل بين الملائم وغيره: أن ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالإجارة والإعارة والتولية ونحوها فهو ملائم؛ لأن الأخذ بالشفعة يستلزمه، وما لم يكن فيه ذلك كأخذ العوض فهو غير ملائم؛ لأنه إعراض عن لازم الأخذ وإذا لم يتعلل بالشرط، وقد وجد الإسقاط بطل الشرط وصح الإسقاط. [العناية ٣٣٦/٨، ٣٣٧]

وردَّ العوض؛ لأن حق الشُّفعة ليس بحقٍ متقرر في المحل، بل هو مجرد حق التملك، فلا يصح الاعتياض عنه، ولا يتعلق إسقاطه بالجائر من الشرط، فبالفساد أولى، فيبطل الشرط ويصح الإسقاط، وكذا لو باع شفَعته بمال؛ لما بينا، بخلاف القصاص؛ لأنه حق متقرر، وبخلاف الطلاق والعناق؛ لأنه اعتياض عن ملك في المحل. ونظيره: إذا قال للمخيرة: اختارني بألف، أو قال العنين لامرأته: اختاري ترك الفسخ بألف، فاختارت سقط الخيار، ولا يثبت العوض، والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية، وفي أخرى: لا تبطل الكفالة ولا يجب المال، وقيل: هذه رواية في الشفعة، وقيل: هي في الكفالة خاصة،
 الرواية المذكورة

بحق متقرر: يعني أن الشفيع ليس له ملك في المحل، بل له حق التعرض بالملك، فتسليمه الشفعة يكون ترك العوض منه. (البنية) من الشرط: وهو ما ليس فيه ذكر مال. [البنية ٤٤٤/١٠] لما بينا: أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل، حتى يصح الاعتياض عنه، فكان إعراضاً. (العناية) لأنه حق متقرر: هذا جواب عما يقال: حق الشفعة كحق القصاص في كونه غير مال، والاعتياض عنه صحيح، فأجاب عنه بقوله: بخلاف القصاص إلخ. [البنية ٤٤٦/١٠] فاختارت: أي فاختارت المخيرة الزوج، وامرأة العنين ترك الفسخ. [العناية ٣٣٨/٨] ولا يثبت العوض: لأنه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد، فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل، وهو لا يجوز. في رواية: أي رواية أبي حفص، وقيل: وعليه الفتوى، ووجهه: أن حق الكفيل في الطلب، وهو فعل، فلا يصح الاعتياض عنه. (العناية) وفي أخرى: أي وفي الرواية الأخرى، وهي رواية كتاب الصلح من رواية أبي سليمان. [البنية ٤٤٨/١٠] لا تبطل الكفالة: والفرق بينها وبين الشفعة: أن الكفالة لا تسقط إلا بتمام الرضا، ولهذا لا تسقط بالسكوت، وتمام الرضا إنما يتحقق إذا وجب المال، وأما حق الشفعة فليس كذلك؛ لأنه يسقط بالسكوت بعد العلم به. [العناية ٣٣٦/٨]

هذه رواية: أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضاً، حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال. [البنية ٤٤٨/١٠] في الكفالة خاصة: يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال، وتبطل الشفعة بالصلح على مال. [العناية ٣٣٨/٨]

وقد عرف في موضعه. قال: وإذا مات الشفيع بطلت شفيعته، وقال الشافعي رحمته: بعد طلب الشفعة لا يأخذها أحد في البسوط تورث عنه. قال رحمته: معناه: إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة، أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه، فالبيع لازم لورثته، وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط، وقد مرّ في البيوع، ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره، ويثبت الملك للوارث بعد البيع، وقيامه وقت البيع، وبقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرط، فلا يستوجب الشفعة بدونه. وإن مات المشتري لم تبطل؛ لأن المستحق باقي، ولم يتغير سبب حقه، ولا يباع في دين المشتري ووصيته، ولو باعه القاضي، أو الوصي،

تورث عنه: فإن عنده كما تورث الأملاك، فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال، وما لا يعتاض في ذلك، سواء بطريق أو الوارث يقوم مقام المورث، فإن حاجة الوارث كحاجة المورث، ونحن نقول: مجرد الرأي والمشقة لا يجري فيه الإرث؛ لأنه لا يبقى بعد موته ليخلف الوارث فيه، والثابت له بالشفعة مجرد المشقة بين أن يأخذ أو يترك. [الكفاية ٣٣٩/٨] نظير الاختلاف إلخ: أي لا يورث خيار الشرط عندنا، وعند الشافعي رحمته يورث، فكذلك في الشفعة، ووجه الإلحاق به ما ذكره في "الإيضاح": أن الثابت للشفيع حق أن يملك، فظهر أثر هذا الحق في أن يتخير بين أن يأخذ وبين أن لا يأخذ، والإرث لا يجري في الخيار. [الكفاية ٣٣٩/٨] في البيوع: في باب خيار الشرط. [البنية ٤٤٩/١٠] فلا يستوجب: أي فلا يستحقها بدون الشرط المذكور. (البنية) لأن المستحق باقي: بخلاف موت الشفيع، فإن السبب الذي كان يأخذ به الشفعة يزول بموته، وهو ملكه، وقيام السبب إلى وقت الأخذ شرط، ولهذا لو باع ملكه قبل أن يأخذ المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة، فكذا إذا زال بموته، والثابت للوارث جوار، أو شركة حادث بعد البيع، فلا يستحق به الشفعة. [الكفاية ٣٣٩/٨] ولا يباع في إلخ: أي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع مقدم على حق المشتري. [العناية ٣٣٩/٨] ولو باعه إلخ: أي ولو باع القاضي الدار المشفوعة أو الوصي في دين المشتري الميت. [البنية ٤٥٠/١٠]

أو أوصى المشتري فيها بوصية، فللشفيع أن يبطله، ويأخذ الدار؛ لتقدم حقه، ولهذا ينقض تصرفه في حياته. قال: وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته؛ لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك، وهو الاتصال بملكه، ولهذا يزول به، وإن لم يعلم بشراء المشفوعة، كما إذا سلم صريحاً، أو أبرأ عن الدين، وهو لا يعلم به، وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له؛ لأنه يمنع الزوال، فبقي الاتصال. قال: ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له، ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة، والأصل: أن من باع أو بيع له لا شفعة له، ومن اشترى أو ابتاع له، فله الشفعة؛ لأن الأول يأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته، وهو البيع، والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة؛ لأنه مثل الشراء، وكذلك لو ضمن الدرك

ولهذا: أي ولتقدم حق الشفيع على حق المشتري. (البنية) ينقض إلخ: أي حتى المسجد والمقبرة والوقف. ولهذا: أي ولكون زوال السبب مبطلاً. [البنية ٤٥١/١٠] إذا سلم صريحاً: أي إذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز، سواء كان المشتري حاضراً أو غائباً؛ لأنه إسقاط، فلا يتوقف على العلم كالطلاق. (الكفاية) أبرأ عن الدين: أي لو أبرأ رب الدين المديون، وهو لا يعلم بأن له عليه ديناً يصح الإبراء. [الكفاية ٣٤٠/٨] فبقي الاتصال: وهو السبب فلا تسقط شفعته. [البنية ٤٥٢/١٠] لأن الأول: أي من باع أو بيع له. (الكفاية) يسعى في نقض: أما البائع؛ فلأنه بائع حقيقة، وأما الوكيل فتمام البيع به أيضاً؛ لأنه لو لا توكيله لما جاز بيعه. [الكفاية ٣٤٠/٨] لأنه مثل الشراء [فلا يصير ساعياً في نقض مات منه]: أي في كونه رغبة في المشفوعة، والشفعة إنما تبطل في الرغبة عنها. [العناية ٣٤٠/٨] وكذلك إلخ: أي كوكيل البائع لو ضمن المشتري الدرك رجلاً عن البائع، وهو الشفيع، فلا شفعة له؛ لأن تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم يرض المشتري إلا بضمانه، فكان الأخذ بالشفعة سعيّاً في نقض ما تم من جهته. [العناية ٣٤٠/٨] لو ضمن الدرك: أي لو ضمن المشتري تبعه الاستحقاق. [البنية ٤٥٣/١٠]

عن البائع وهو الشفيع، فلا شفعة له. وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره، فأمضى ^{الضامن} لا شفعة له الخيار البيع، وهو الشفيع، فلا شفعة له؛ لأن البيع تم بامضائه، ^{المشروط له الخيار} بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري. قال: وإذا بلغ الشفيع ألفاً بيعت بألف درهم فسلم، ثم علم أنها بيعت بأقل، أو بخنطة، أو شعير قيمتها ألف، أو أكثر، فتسليمه باطل، وله الشفعة؛ لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول، ^{أو أقل} ولتعذر الجنس الذي بلغه، وتيسر ما بيع به في الثاني؛ إذ الجنس مختلف. وكذا كل مكيل، أو موزون، أو عددي متقارب، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ^{تسليمه صحيح ثانياً} ألف، أو أكثر؛ لأن الواجب فيه القيمة، وهي دراهم أو دنانير، وإن بان أنها بيعت ^{ثانياً} بدنانير قيمتها ألف، فلا شفعة له، وكذا إذا كانت أكثر، ^{قيمة الدنانير}

تم بامضائه: فإذا طلب بالشفعة يكون ساعياً لنقض ماتم من جهته فلا يجوز. (البنية) بخلاف إلخ: لو شرط المشتري الخيار لغيره وهو الشفيع، فأمضى الشفيع البيع لا تبطل شفيعته، لكن إذا طلبها قبل الإمضاء؛ لأنه يكون ساعياً في نقض ما تم من جهته، بل أخذه بالشفعة مثل الشراء على ما مر. [البنية ٤٥٥/١٠]

إنما سلم لاستكثار إلخ: فإذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه، قال في "النهاية": كأنه قال: سلمت إن كان الثمن ألفاً أراد أنه تسليم مشروط بشرط، فينتفي بانتفاء شرطه، بخلاف ما إذا ظهر أكثر من الألف، فإن مستكثر الألف أكثر استكثاراً للأكثر، فكان التسليم صحيحاً. [العناية ٣٤٠/٨] في الأول: أي فيما بلغه أنها بيعت بألف، ثم علم أنها بيعت بأقل. (البنية) في الثاني: أي فيما إذا بلغه أنها بيعت بألف، ثم علم أنها بيعت بخنطة أو شعير. [البنية ٤٥٥/١٠-٤٥٦] كل مكيل: لا اختصاص بالخنطة والشعير.

أو عددي متقارب: لكونه في معنى المكيل. لأن الواجب إلخ: فصار كما لو قيل: بيعت بألف فسلم، ثم ظهر أكثر من ذلك، ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم. [العناية ٣٤١/٨]

وقال زفر رحمته: له الشفعة لاختلاف الجنس، ولنا: أن الجنس متحد في حق الثمنية. بدليل حل التفاضل بين الدرهم والدنانير
 قال: وإذا قيل له: إن المشتري فلان، فسلم الشفعة، ثم علم أنه غيره فله الشفعة؛ القدوري
 لتفاوت الجوار، ولو علم أن المشتري هو مع غيره، فله أن يأخذ نصيب غيره؛ لأن ثانياً
 التسليم لم يوجد في حقه، ولو بلغه شراء النصف فسلم، ثم ظهر شراء الجميع فله الغير
 الشفعة؛ لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة، وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية؛
 لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه، والله أعلم.

فصل

قال: وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع: القدوري

وقال زفر: وذكر الاختلاف في "الأسرار" بين علمائنا الثلاثة، قال: إذا قيل للشفيع: الشراء بألف درهم فسلم، فإذا بدنانير تساوي ألفاً كان له أن يطلب عند أبي حنيفة ومحمد رحمتهما، وقال أبو يوسف رحمته: بطلت شفيعته استحساناً؛ لأنها جنس واحد في حق التجارات وضمائهما. وجه القياس: أن الإنسان قد يتيسر عليه الشراء بأحدهما دون الآخر، والرضا بأحدهما لا يدل على الرضا بالآخر، وإن كان الجنس واحداً، فإنه لو رضي بدراهم جياد، فإذا هي غلة كان له الطلب. [الكفاية ٣٤١/٨ - ٣٤٢]

الجنس متحد إلخ: بدليل تكميل نصاب أحدهما بالآخر، والمكره بالبيع بالدراهم يكون مكرهاً على البيع بالدنانير. [البنية ٤٥٧/١٠] وفي عكسه: أي لو أخبر بشراء الكل فسلم، ثم ظهر أنه اشترى النصف، فلا شفعة، قال شيخ الإسلام: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل، بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف، ثم ظهر أنه اشترى النصف بألف، فأما إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف ظهر أنه اشترى النصف بنحسمائة يكون على شفيعته. (النهاية)

في ظاهر الرواية: احتراز عما روي عن أبي يوسف رحمته على عكس هذا؛ لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف، وقد تكون له حاجته إلى النصف، ليتم به مرافق ملكه، ولا يحتاج إلى الجميع. (العناية) فصل: لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال، علم تلك الأحوال في هذا الفصل؛ لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به، وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار، فأحتجج إلى بيانه. [العناية ٣٤٢/٨، ٣٤٣]

فلا شفعة له؛ لانقطاع الجوار، وهذه حيلة، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه؛
 لما بينا. قال: وإذا ابتاع منها ^{الدار} ^{كالثلث} سهمين بثمن، ثم ابتاع بقيمتها: فالشفعة للجار في السهم
 الأول دون الثاني؛ لأن الشفيع جار فيهما، إلا أن المشتري في الثاني شريك، فيتقدم عليه،
 فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهماً مثلاً، والباقي بالباقي، وإن ابتاعها بثمن، ثم
 دفع إليه ثوباً عوضاً عنه، فالشفعة بالثمن دون الثوب؛ لأنه عقد آخر، والثمن هو العوض
 عن الدار. قال عليه السلام: وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة، فيباع بأضعاف قيمته،
 ويعطى بها ثوب بقدر قيمته، إلا أنه لو استحققت المشفوعة يبقى كل الثمن على
 مشتري الثوب؛ لقيام البيع الثاني، فيتضرر به. والأوجه: أن يباع بالدراهم الثمن دينار،
^{بائع الدار} ^{بيع الثوب} ^{البائع}

لما بينا: أشار به إلى قوله: لانقطاع الجوار. (البنية) في الثاني شريك: لأنه حين اشترى الباقي كان شريكاً
 بشراء الجزء الأول، واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة؛
 لكونه في ملكه بعد، فيتقدم على الجار. [العناية ٣٤٣/٨] فإن أراد الحيلة إلخ: هذه حيلة ترجع إلى
 تقليل رغبة الشفيع الأول إلى الإبطال. [البنية ٤٦٠/١٠] والباقي بالباقي: فلا يرغب الجار في الأول
 لكثرة الثمن، ولا حق له فيما بقي؛ لأنه صار شريكاً، وهو مقدم على الجار. [الكفاية ٣٤٣/٨]
 ويعطى بها إلخ: أي ثم يعطى المشتري بمقابلة ما وجب عليه من أضعاف القيمة ثوباً يكون ذلك الثوب بقدر
 قيمة المبيع في الواقع. [البنية ٤٦٢/١٠] إلا أنه: استثناء من قوله: وهذه حيلة أخرى، يعني: أنها حيلة عامة،
 إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار. [العناية ٣٤٣/٨]
 فيتضرر به: أي برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار، ولا يتمكن البائع
 من رد الثوب، إلا برضا المشتري، فعسى لا يرضاه. [الكفاية ٣٤٣/٨]
 والأوجه: تقريره: إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفاً، فلا يرغب في الشفعة
 ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً، وإنما يرجع بما أعطاه؛ لأنه إذا استحققت
 الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار، فيبطل الصرف. [العناية ٣٤٣/٨]

حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف، فيجب رد الدينار لا غير. قال: ولا تكره
 الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمته، وتكره عند محمد رحمته؛ لأن الشفعة إنما
 وجبت لدفع الضرر، ولو أبخنا الحيلة ما دفعناه. ولأبي يوسف رحمته: أنه منع عن إثبات
 الحق، فلا يعد ضرراً، وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة.

فيجب رد الدينار إلخ: لأنه تبين أنه لم يكن في ذمة المشتري ألف ثمن الدار، فلم يصر قابضاً في المجلس؛
 لكونه في ذمته، فيبطل الصرف، فلا يلزمه إلا رد الدينار، فصار كمن اشترى من آخر ديناراً بعشر دين، ثم
 تصادقا أن لا دين عليه، فإنه يرد الدينار كذا هنا، بخلاف ما إذا دفع الثوب بمقابلة ما في ذمته من الثمن،
 وهو أضعاف قيمة الثوب، فلو استحققت الدار المشفوعة يرجع المشتري بثمن الثوب على بائع الدار؛ لأن
 باستحقاق الدار المشفوعة لا يبطل المبيعة التي جرت بين مشتري الدار وبائعه في الثوب، ويثبت
 باستحقاق الدار لمشتريها الرجوع على البائع، فيتضرر بذلك بائع الدار، ولا يقال: باستحقاق الدار
 المشفوعة يعلم أن بيع الثوب كان بلا ثمن، فيكون البيع فاسداً، فلا يتضرر مشتري الثوب؛ لأنه لا يطالب
 بثمن الثوب؛ لأننا نقول: البيع يحتاج إلى ذكر الثمن لا إلى وجوده، ولهذا قلنا: لو باع عبداً بما عليه من
 الدين، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع في العبد. [الكفاية ٣٤٤/٨]

وتكره عند محمد رحمته: وبه قال الشافعي، وعند أحمد بالحيلة لا تسقط الشفعة. (البنية) فلا يعد ضرراً: فلا يكره كما
 لا تكره الحيلة في إسقاط الربا. (البنية) هذا الخلاف: المذكور بين أبي يوسف ومحمد رحمته. [البنية ٤٦٤/١٠]

مسائل متفرقة

قال: وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، وإن اشترى رجل من خمسة أخذها كلها، أو تركها. والفرق: أن في الوجه الثاني ^{الدار} بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري، فيتضرر به زيادة الضرر، وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم، فلا تتفرق الصفقة، ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده، هو الصحيح، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب ^{الشفيع} أحدهم إذا نقد ما عليه، ما لم ينقذ الآخر حصته، كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على ^{المشتريين} البائع بمنزلة أحد المشتريين، بخلاف ما بعد القبض؛ لأنه سقطت يد البائع، وسواء سمي لكل بعض ثمناً، أو كان الثمن جملة؛

مسائل متفرقة: ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك. (العناية) فيتضرر به: أي بتفرق الصفقة عليه. [البنية ١٠/٤٦٥] زيادة الضرر: فإن أخذ الملك منه ضرر، وضرر التشقيص زيادة على ذلك، والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل، فلا يشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً. (العناية) ولا فرق في هذا: أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري ^{الدار} وبعده. [العناية ٨/٣٤٥] هو الصحيح: وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه فرق، فقال: إن أخذ القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك، وبعد القبض له ذلك؛ لأنه متى أخذ نصيب أحدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفرق اليد، بخلاف ما بعد القبض؛ لأنه لم تبق يد البائع، ويقع التملك على المشتري، وقد أخذ منه جميع ملكه، فلا تفريق. [الكفاية ٨/٣٤٥]

بمنزلة أحد المشتريين: إذا نقد ما عليه من الثمن ليس له أن يأخذ نصيبه من الدار، حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن؛ لئلا يلزم تفريق اليد على البائع. [البنية ١٠/٤٦٦-٤٦٧] يد البائع: فلا يلزم تفريق اليد عليه. [البنية ١٠/٤٦٧]

لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن، ههنا تفريعات ذكرناها في "كفاية المنتهي".
 قال: ومن اشترى نصف دار غير مقسوم، فقاسمه البائع: أخذ الشفيع النصف الذي صار
 للمشتري أو يدع؛ لأن القسمة من تمام القبض؛ لما فيها من تكميل الانتفاع، ولهذا يتم
 القبض بالقسمة في الهبة، والشفيع لا ينقض القبض، وإن كان له نفع فيه بعود العهدة
 على البائع، فكذا لا يُنقض ما هو من تمامه، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من
 الدار المشتركة، وقاسم المشتري الذي لم يسع حيث يكون للشفيع نقضه؛ لأن العقد
 ما وقع مع الذي قاسم، فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد،

لتفريق الصفقة: حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحداً، والبائع اثنين، واشترى
 نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما، وإن حق المشتري ضرر عيب
 الشركة؛ لأنه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك. [العناية ٣٤٥/٨] ههنا تفريعات إلخ: تلك التفريعات
 ذكرها الكرخي في "مختصره" وبوّب عليها باباً، فقال: وكذلك إذا كان الشراء بوكالة، فوكل رجلين
 بشراء دار، ولهما شفيع، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين، وإن كان الموكل رجلين والوكيل
 رجلاً واحداً لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الموكلين. [البناء ٤٦٧/١٠]

أخذ الشفيع: وليس له أن ينقض القسمة، بأن يقول للمشتري: ادفع إلى البائع حتى آخذ منه، سواء
 كانت القسمة بحكم، أو بغيره. [العناية ٣٤٥/٨] والشفيع لا ينقض إلخ: أي إذا قبض المشتري المبيع
 يأخذ الشفيع من المشتري، ولا يملك أن ينقض قبض المشتري المبيع، فيرده إلى البائع ويأخذ منه لتكون العهدة
 عليه، فكذا لا ينقض قسمته؛ لأنها من تمام القبض. [الكفاية ٣٤٥/٨-٣٤٦] وهذا لأن القبض بجهة البيع له
 حكم البيع، فكما لا يملك نقض البيع الأول لا يملك نقض القبض الموجود بجهته.

وقاسم المشتري إلخ: أي قاسم المشتري مع الشريك الذي لم يبع كان للشفيع نقضه؛ لأن هذه
 القسمة لم تجر بين العاقدين، فلا يمكن جعلها قبضاً بحكم العقد، فجعلت مبادلة، وللشفيع أن ينقض
 المبادلة. [الكفاية ٣٤٦/٨] فلم تكن القسمة: لأن القسمة ما جرت بين المتعاقدين، فلم يمكن جعلها
 قبضاً بجهة العقد، وتكميلاً للقبض، فاعتبرت مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة. [البناء ٤٧٠/١٠]

بل هو تصرف بحكم الملك، فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته. ثم إطلاق الجواب ^{المشتري} في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان، ^{الجامع الصغير} وهو المروي عن أبي يوسف رحمته الله؛ لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة. وعن أبي حنيفة رحمته الله؛ أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها؛ لأنه لا يبقى جارا ^{الشفيع} فيما يقع في الجانب الآخر. قال: ^{محمد} ومن باع داراً وله عبد مأذون عليه دين، فله الشفعة، وكذا إذا كان العبد هو البائع، فلمولاه الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن، فينزل منزلة الشراء؛ وهذا لأنه مفيد؛ لأنه يتصرف للغرماء، بخلاف ما إذا لم يكن ^{أخذه بالشفعة} عليه دين؛ لأنه يبيعه لمولاه، ولا شفعة لمن يبيع له. قال: ^{محمد} وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمتهما الله، وقال محمد وزفر رحمتهما الله؛ هو على شفيعته إذا بلغ. قالوا: وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي، فلم يطلب ^{المشاخ} الشفعة، وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة، ^{من "الميسوط"}

ثم إطلاق الجواب: وهو قوله: أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري. [الكفاية ٣٤٦/٨] فينزل منزلة إلخ: أي فنزل الآخر بالشفعة بمنزلة الشراء ولو اشترى أحدهما من آخر يجوز؛ لأنه يفيد ملك اليد، فكذا الأخذ بالشفعة، وعند الثلاثة لا شفعة له. [البنية ٤٧١/١٠] وتسليم الأب إلخ: قد ذكرنا أن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير؛ لاستوائهم في سببه، فيقوم بالطلب والأخذ من يقوم مقامهما شرعاً في استيفاء حقوقه، وهو الأب، ثم وصيه، ثم جده أبو أبيه، ثم وصيه، ثم الوصي الذي نصبه القاضي، فإن لم يكن أحد من هؤلاء، فهو على شفيعته إذا أدرك، فإن ترك هؤلاء الطلب بعد الإمكان، أو سلم بعد الطلب سقطت. (العناية) تسليم الوكيل إلخ: لكن عند أبي حنيفة رحمته الله إذا كان في مجلس القاضي؛ لأن الوكيل بطلبها يقوم مقام الموكل في الخصومة، ومحلها مجلس القاضي، وعند أبي يوسف رحمته الله فيه وفي غيره؛ لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً، وعند محمد وزفر رحمتهما الله حينئذ لا يصح منه التسليم أصلاً. [العناية ٣٤٦/٨]

وهو الصحيح. محمد وزفر رحمتهما: أنه حق ثابت للصغير، فلا يملكان إبطاله كديته الشفعة وقوده، ولأنه شرع لدفع الضرر، فكان إبطاله إضراراً به. ولهما: أنه في معنى التجارة فيملكان تركه، ألا ترى أن من أوجب بيعاً للصبي صح رده من الأب والوصي، ولأنه دائر بين النفع والضرر، وقد يكون النظر في تركه؛ ليبقى الثمن على ملكه، والولاية الصبي نظرية فيملكانه، وسكوتهما كإبطاهما؛ لكونه دليل الإعراض، وهذا إذا بيعت بمثل الأب والوصي قيمتها، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه، قيل: جاز التسليم بالإجماع؛ لأنه تمحض نظراً، وقيل: لا يصح بالاتفاق؛ لأنه لا يملك الأخذ، فلا يملك التسليم كالأجنبي، وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة، فعن أبي حنيفة رحمتهما، أنه لا يصح التسليم منهما أيضاً، ولا رواية عن أبي يوسف رحمتهما، والله أعلم.

وهو الصحيح: احتراز عما روي أن محمداً مع أبي حنيفة رحمتهما في جواز تسليم الوكيل الشفعة، خلافاً لأبي يوسف رحمتهما. [العناية ٣٤٦/٨] ولهما: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمتهما. (البنية) معنى التجارة: بل عينه، ألا ترى أنه مبادلة المال بالمال. وسكوتهما: أي سكوت الأب والوصي عن طلب الشفعة حين العلم ببيع الدار. (البنية) بالإجماع: أي بلا خلاف لمحمد وزفر والشافعي رحمتهما. [البنية ٤٧٥/١٠] تمحض نظراً: أي صار نظراً محضاً للصبي. (البنية) لا يصح بالاتفاق: أي بين أصحابنا، وفي "الكافي": وهو الأصح، وهكذا ذكره في "المبسوط". [البنية ٤٧٥/١٠] فعن أبي حنيفة رحمتهما: وإذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضاً؛ لأفهما لم يريا تسليمهما إذا بيعت بمثل الثمن، فلأن لا يريا إذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى، وإنما خص قول أبي حنيفة رحمتهما بالذكر؛ لأن المحاباة الكثيرة لا يخرجها عن كونها بمعنى التجارة، ولهما ولاية الامتناع عن الاتجار في مال الصغير، ولكن قال: لا يصح التسليم في هذا؛ لأن تصرفهما في ماله إنما يكون بالتي هي أحسن، وليس تركها ههنا كذلك، ولهذا المعنى أيضاً خص قول أبي يوسف رحمتهما بقوله: "ولا رواية عن أبي يوسف"؛ لأنه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها. [العناية ٣٤٧/٨] منهما: أي من الأب والوصي؛ لأن ولايتهما نظرية، والنظر في أحدها في مثل هذا لا في تسليمها. (البنية) عن أبي يوسف: وإن كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها. [البنية ٤٧٦/١٠]

كتاب القسمة

قال: ^{المصنف} القسمة في الأعيان المُشترَكة مشروعة؛ لأن النبي ﷺ باشرها في المغام والمواريث،* وجرى التَّوارُثُ بها من غير نكير، ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة؛ لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له، وبعضه كان لصاحبه، فهو يأخذه عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه،

كتاب القسمة: أورد القسمة عقيب الشُّفعة؛ لأن كلاً منهما من نتائج النصيب الشائع، فإن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه بطلب القسمة ومع عدمه، باع ووجب عنده الشُّفعة، وقدم الشُّفعة؛ لأن بقاء ما كان على ما كان. وهي في اللغة: اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء، وفي الشريعة: جمع النصيب الشائع في مكان معين، وسببها: طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص، وركنه: ما يحصل به الإفرار والتميز بين النصيبين كالكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، والذرع في المزروعات، والعدد في المعدودات، وشرطها: أن لا تفوت منفعتها بالقسمة، ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما. [العناية ٣٤٨/٨]

مشروعة: أي مشروعة بالكتاب، وهو قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَبَيَّنَّهٖمُ أَنْ أُمَمًا قِسْمَةً بَيْنَهُمْ﴾. [البنية ٤٧٨/١٠]

باشرها: أما قسمته ﷺ في الغنائم، فقد ذكرناها في كتاب السير، وأما قسمة المواريث فقد أخرجها البخاري والنسائي وأبوداود والترمذي. (البنية) غير نكير: من أحد من الأئمة، وأفاد بهذا أن الأمة أيضاً أجمعت على جواز القسمة وفعلها. [البنية ٤٧٩/١٠] ثم هي لا تعرى: سواء كانت في ذوات الأمثال، أو في غير ذوات الأمثال. [العناية ٣٤٨/٨]

* أما قسمة المواريث، فمنها: ما أخرج البخاري عن هذيل بن شرحبيل قال: سئل أبو موسى الأشعري عن ابنة وابنة ابن وأخت، فقال: للبنت النصف، وللأخت النصف، وأن ابن مسعود فسئله فسئل ابن مسعود وأخير بقول أبي موسى، فقال: "لقد ضللت إذا وما أنا من المهدين" اقضي فيها بما قضى النبي ﷺ للابنة النصف، ولابنة الابن السدس تكملة للثلثين، وما بقي فلأخت، فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود، فقال: "لا تأتوني ما دام هذا الخير فيكم". [رقم ٦٧٣٦، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة]

فكان مبادلة وإفرازاً، والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات؛ لعدم التفاوت، حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، ولو اشترياه فاقسماه يبيع أحدهما نصيبه مراجعة بنصف الثمن. ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت، حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر، ولو اشترياه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مراجعة بعد القسمة، إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز؛ لتقارب المقاصد،

فكان مبادلة وإفرازاً: لأنه ما من جزء إلا وهو مشتمل على النصيبين، فكان ما يأخذ كل واحد منهما نصف ملكه، ولم يستفد من صاحبه، فكان إفرازاً، والنصف الآخر كان لصاحبه، فصار له عوضاً عما في يد صاحبه، فكان مبادلة. [الكفاية ٣٤٨/٨] لعدم التفاوت: أي في أبعاض المكيلات والموزونات؛ لأن ما يأخذه مثل حقه صورة ومعنى، فأمكن أن يجعل عين حقه، ولهذا جعل عين حقه في القرض وقضاء الدين. [البنية ٤٨١/١٠] هو الظاهر إلخ: فإن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين، فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكماً. [العناية ٣٤٨/٨]

مراجعة بعد القسمة: لما ذكرنا أن ما يصيب كل واحد منهما نصفه فيما كان مملوكاً، ونصفه عوضاً عما أخذه صاحبه من نصيبه. (البنية) إلا أنها إلخ: جواب لسؤال يرد على قوله: ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض، وفي "المغني": فإن قيل: لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الآبي عليها، أي في غير ذوات الأمثال، وبالإجماع يجبر، وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها، حتى أن الشريكين إذا اقتسما داراً أو أرضاً بينهما بنى أحدهما في نصيبه بناء، ثم جاء مستحق واستحق الطائفة التي بنى فيها، ونقض بناءه لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء، ولو كان الرجحان لجانب المبيعة لتثبت الغرور كما لو اشترى، قلنا الجبر على هذه المبيعة باعتبار حق مستحق للغير، ألا ترى أن المشتري يجبر على تسليم الدار إلى الشفيع، وإن كان التسليم إليه مبايعة لحق الشفيع. [الكفاية ٣٥٠/٨] لتقارب المقاصد: باتحاد الجنس، فإن المقصود من الشاة مثل اللحم ولا يتفاوت كثيراً، ومن الفرس الركوب كذلك. [البنية ٤٨٢/١٠]

والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين؛ وهذا لأن أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فيجب على القاضي إجابته، وإن كانت أجناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها؛ لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد، ولو تراضوا عليها جاز؛ لأن الحق لهم. قال: وينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر؛ لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة، فأشبهه رزق القاضي، ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة، فتكون كفايته في ما لهم غرضاً بالغنم. قال: فإن لم يفعل نصب قاسماً يقسم بالأجر، معناه: بأجر على المتقاسمين؛ لأن النفع لهم على الخصوص، ويُقدَّر أجر مثله؛ كيلا يتحكم بالزيادة، والأفضل أن يرزقه من بيت المال؛ لأنه أرفق بالناس، ^{القاسم}

والمبادلة مما يجري إلخ: هذا أيضاً جواب عن إشكال، يعني لما قلتم: إنها تتضمن معنى المبادلة، فكيف يجبر، فأجاب بأن المبادلة مما يجري فيه الجبر مقصوداً. [البنية ٤٨٢/١٠] قضاء الدين: فإن المديون يجبر على القضاء مع أن الديون تقضى بأمثالها، فصار ما يؤدي بدلاً عما في ذمته، وهذا جبر في المبادلة قصداً وقد جاز. (العناية) إجابته: فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره. (العناية) لتعذر المعادلة: لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة، والتراضي في التجارة شرط بالنص. [العناية ٣٥٠/٨] من جنس عمل إلخ: القسمة ليست بقضاء على الحقيقة، حتى لا يفرض على القاضي مباشرتها، وإنما الذي يفرض عليه جبر الآبي على القسمة، إلا أن لها شبهة بالقضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء، حتى ملك القاضي جبر الآبي، ولم يملك الأجنبي ذلك، فمن حيث أنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها، ومن حيث أنها تشبه القضاء يستحب أن يأخذ الأجر عليها. [الكفاية ٣٥١/٨] فإن لم يفعل: أي إن لم ينصب القاضي قاسماً يرزقه من بيت المال. [البنية ٤٨٤/١٠] أرفق بالناس: لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة إلى البعض. [العناية ٣٥١/٨]

وأبعد عن التهمة. ويجب أن يكون عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة؛ لأنه من جنس عمل القسمة القضاء؛ ولأنه لابد من القدرة، وهي بالعلم، ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة. ولا يَجْبِرُ القاضي الناس على قاسمٍ واحدٍ، معناه: لا يجبرهم على أن يستأجروه؛ لأنه لا جبر على العقود، ولأنه لو تعيّن لتحكم بالزيادة على أجر مثله، ولو اصطَلَحُوا فاقْتَسَمُوا جاز، إلا إذا كان فيهم صغير، فيحتاج إلى أمر القاضي؛ لأنه لا ولاية لهم عليه. قال: ولا يَتْرُكُ الْقُسَامَ يشتركون؛ كيلا تصير الأجرة غاليةً بتواكلهم، وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت، فيرخص الأجر. قال: وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمته، وقال أبو يوسف ومحمد رحمتهما: على قدر الأنصباء؛ لأنه مُؤَنَةُ الْمَلِكِ، فيتقدّر بقدره، كأجرة الكيال والوزان، وحفر البئر المشتركة، ونفقة المملوك المشترك.

التهمة: أي قمة الميل إلى أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة. (الكفاية) عدلاً مأموناً: ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها؛ لجواز أن تكون غير ظاهر الأمانة. [الكفاية ٣٥١/٨] معناه: أي معنى كلام القدوري هذا. (البنية) لتحكم بالزيادة: وفيه ضرر عليهم، ولا ضرر في الإسلام. [البنية ٤٨٥/١٠] ولو اصطَلَحُوا: أي الشركاء لم يرفعوا الأمر إلى القاضي، بل اقتصموا بأنفسهم باصطلاحهم فهو جائز؛ لأن في القسمة معنى المعاوضة، فثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات. [الكفاية ٣٥١/٨] ولا يترك القسام: أي لا يخلي القاضي القاسمين المعيّنين بأنفسهم على رأيهم في الاشتراك ولا يعيّنون، بحيث لا يتجاوز أمر القسمة عنهم إلى غيرهم؛ لأنه لو عينهم في الاستئجار لعل القسام يكلفون زيادة على أجر المثل، فيتضرر به المتقاسمون، بل يقول القاضي لكل واحد من المتقاسمين استبدانت بالقسمة من غير مشاركة الآخر، فكان كل واحد منهم مأذوناً مجازاً بالقسمة من جانب القاضي. [الكفاية ٣٥٢، ٣٥١/٨] كأجرة الكيال إلخ: يعني إذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم، فالأجرة على قدر الأنصباء، وكذلك الوزان والحافر. [العناية ٣٥٢/٨]

ولأبي حنيفة رحمته: أن الأجر مقابل بالتميز، وأنه لا يتفاوت، وربما يصعبُ الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر، فتعذر اعتباره، فيتعلق الحكم بأصل التميز، بخلاف حفر البئر؛ لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت، والكيل والوزن إن كان للقسمة، قيل: هو على الخلاف، وإن لم يكن للقسمة، فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت، وهو العذر لو أطلق ولا يُفصل، وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه

أن الأجر إلخ: تحقيقه: أن القاسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشى على الحدود؛ لأنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه، فدل على أن الأجرة في مقابلة القسمة، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل؛ لأن الحساب يدق بتفاوت الأنصباء، ويزداد دقة بقلة الأنصباء، فلعل تميز نصيب صاحب القليل أشق، ويجوز أن يعسر عليه تميز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه، فتعذر اعتبار الكثرة والقلة، فيتعلق الحكم بأصل التميز. [العناية ٣٥٢/٨]

قيل هو إلخ: هذا جواب عما يقال: كأجرة الكيال والوزان. [البنية ٤٨٨/١٠] على الخلاف: يعني إذا استأجروا رجلاً لكيال الحنطة المشتركة بينهم، أو لذرع ثوب مشترك بينهم، إن كان الاستئجار لأجل القسمة، فالمسألة على الخلاف. (النهاية) وإن لم يكن للقسمة: بأن اشترياً مكيلاً أو موزوناً وأمرأ إنساناً بأن يكيله ليصير الكل معلوم القدر. [العناية ٣٥٢/٨]

وهو العذر: أي العذر هو أن الأجر مقابل بعمل الكيل والوزن لو أطلق، ولا يفصل أي لو أريد إجراء المسألة على الإطلاق من غير أن يفصل أنه للقسمة أو لا. [الكفاية ٣٥٢/٨] أي التفاوت هو العذر أي الجواب عن قياسهما على أجر الكيال والوزان لو كان الأجر يجب ثمنه مطلقاً بلا تفصيل على قدر الأنصباء، فإن كيل الكبير أشق وأصعب لامحالة من القليل، وكذلك الوزن بخلاف القسام، فإن القسمة إفراز والشريكان فيه سواء، فإن إفراز القليل إفراز الكثير لامحالة، وبالعكس. [البنية ٤٨٨/١٠]

أطلق: وإلى صحة رواية الإطلاق مال الإمام شمس الأئمة السرخسي حيث قال في "المبسوط" فأما أجر الكيال والوزان إلخ. [الكفاية ٣٥٢/٨] دون الممتنع لنفعه: روى الحسن عن أبي حنيفة رحمته: أن الأجر على الطالب للقسمة دون الممتنع، وقال صاحباه: عليهما. له: أن الطالب للقسمة إنما يطلبها لمنفعة نفسه، والممتنع إنما يمتنع لضرر يلحقه بها، فلا معنى لإيجاب الأجرة على من لا منفعة له. [الكفاية ٣٥٢/٨]

ومضرة الممتنع. قال: وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار، أو ضيعة،
 وادّعوا أنهم ورثوها عن فلان: لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة ^{رحمه الله}، حتى يقيموا البينة ^{وطلبوا القسمة}
 على موته وعدد ورثته، وقال صاحباه: يقسمها باعترافهم، ويذكر في كتاب القسمة أنه ^{القاضي} ^{صك} ^{القاضي}
 قسمها بقولهم، وإن كان المال المشترك ما سوى العقار، وادّعوا أنه ميراث قسمة في قولهم
 جميعاً، ولو ادّعوا في العقار أنهم اشتروه قسمة بينهم. لهما: أن اليد دليل الملك، والإقرار
 أمانة الصدق، ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث، والعقار المشتري؛
 وهذا لأنه لا منكر ولا بينة إلا على المنكر، فلا يفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة ^{لما قالوا}
 أنه قسمها بإقرارهم؛ ليقصر عليهم ولا يتعداهم. وله: أن القسمة قضاء على الميت؛
 إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة، حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياها فيها،
 في التركة ^{القسمة}

دار أو ضيعة: قيد بهما؛ لأنه إذا كان في أيديهم عروض أو شيء مما ينقل قسم بإقرارهم بالاتفاق. (الكفاية)
 وادّعوا: قيد به؛ لأنهم لو ادّعوا الشراء من غائب قسم بينهم بإقرارهم بالاتفاق. [الكفاية ٣٥٢/٨-٣٥٣]
 قولهم جميعاً: أي في قول أبي حنيفة وصاحبيه. (البنية) ولو ادّعوا إلخ: هذا لفظ القدوري. [البنية ٤٨٩/١٠]
 لهما أن إلخ: يعني أن الامتناع عن القسمة إما أن يكون لشبهة في الملك، أو لتهمة في دعواه، أو لمنازع
 للمدعي في دعواه، ولا شيء من ذلك بمحقق؛ لأن اليد دليل الملك. [العناية ٣٥٣/٨]
 وهذا: أي جواز القسمة بإقرارهم بدون البينة. (البنية) ولا يتعداهم: وذلك لأن حكم القسمة بالبينة،
 بخلاف حكم القسمة بالإقرار؛ لأن حكم القسمة بالبينة يتعدى إلى الغير، حتى لو ادّعت أم ولد هذا الميت
 أو مدبره العتق، فالقاضي يقضي لهما بالعتق، ولا يكلفهما إقامة البينة على الموت، وحكم القسمة بالإقرار
 لا يتعدى، ألا ترى أنه لا يقضي بالعتق في هاتين الصورتين، إلا ببينة تقوم على الموت كذا ذكره في
 الفصل الثاني من قسمة "الذخيرة". [الكفاية ٣٥٣/٨] تنفذ وصاياها إلخ: وعن هذا قالوا: إذا أوصى
 بحارية لإنسان، فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كأنه أوصى بهما. [العناية ٣٥٣/٨]

وتقضى ديونه منها، بخلاف ما بعد القسمة، وإذا كانت قضاء على الميت، فالإقرار ليس بحجة عليه، فلا بد من البيّنة، وهو مفيد؛ لأن بعض الورثة ينتصب خصماً عن الميراث، ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث، أو الوصي المقر بالدين، فإنه يقبل البيّنة عليه مع إقراره، بخلاف المنقول؛ لأن في القسمة نظراً للحاجة إلى الحفظ، أما العقار فمُحصّن بنفسه، ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده، ولا كذلك العقار عنده، وبخلاف المشتري؛ لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم، فلم تكن القسمة قضاء على الغير. قال: وإن ادّعوا الملك، ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمة بينهم؛ لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير، فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم، القاضي

بخلاف ما إلخ: فإن الزيادة للموصى له. (البنية) وهو مفيد: وهذا جواب عن قولهما: لأنه منكر، ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد، فقال: بل يفيد. (البنية) خصماً عن الميراث: بأن يجعل أحد الحاضرين مدعياً والآخر مدعى عليه. [العناية ٣٥٣/٨] ولا يمتنع إلخ: وهذا جواب عما يقال: كل منهما مقر بدعوى صاحبه، والمقر لا يصح خصماً للمدعى عليه فقال: لا يمتنع إلخ. [البنية ٤٩١/١٠] كما في الوارث إلخ: أي كما لو ادعى رجل ديناً على الميت وقدم وارثاً من ورثته إلى القاضي، فأقر الوارث بحقه، فأراد الطالب أن يقيم البيّنة عند القاضي على حقه، ليكون حقه في جميع مال الميت، ويلزم ذلك جميع الورثة، فإن القاضي يقبل بينته ويحكم له بدينه في جميع مال الميت؛ لأن المدعي يحتاج إلى إثبات الدين في حقه وحق غيره، وكذا الوصي إذا أقر بالدين تقبل البيّنة عليه مع إقراره لبطلان إقراره. [الكفاية ٣٥٤/٨] بخلاف المنقول: جواب عن قولهما: كما في المنقول الموروث. (العناية) نظراً إلخ: لأن العروض يخشى عليها من التوى والتلف، وفي القسمة تحصين وحفظ لها وذا لا يوجد في العقار. [البنية ٤٩١/١٠] مضمون: بعد القسمة، وفي القسمة جعله مضموناً، وفي ذلك نظر للميت، بخلاف العقار عند أبي حنيفة رحمه الله، فإنه لا يصير مضموناً على من وقع في يده عنده. [العناية ٣٥٤/٨] وبخلاف المشتري: جواب عن قولهما: والعقار المشتري. [البنية ٤٩٢/١٠]

قال رحمته: هذه رواية كتاب القسمة. وفي "الجامع الصغير": أرض ادّعاها رجلان، وأقاما البينة أنّها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة ^{الأرض} أنهما لهما؛ لاحتمال أن يكون لغيرهما، ثم قيل: هو قول أبي حنيفة رحمته خاصة، وقيل: هو قول الكل، وهو الأصح؛ لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه، وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه، ولا ملك، فامتنع الجواز. قال: وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة ^{جواز القسمة القدوري} وعدد الورثة، والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين، وينصب ^{القاضي} وكيلًا يقبض نصيب الغائب، وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيًا يقبض نصيبه؛ لأن فيه نظرًا للغائب والصغير، ولا بدّ من إقامة البينة في هذه الصورة ^{أبي حنيفة} عنده أيضًا خلافًا لهما كما ذكرناه من قبل. ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم، والفرق: أن ملك الوارث ملك خلافة، حتى يردّ بالعيب، ^{عن المورث}

هو قول أبي حنيفة رحمته: وعندهما: تقسم بينهما؛ لأنهما يقسمان في الميراث بلا بينة، ففي هذا أولى. [العناية ٢٥٤/٨] وهو الأصح: لأن القسمة نوعان: قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، وقسمة لحق الدار لأجل الحفظ والصيانة، والثاني في العقار غير محتاج إليه، فتعين قسمة الملك، وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك، ولا ملك بدون البينة، فامتنع الجواز. [العناية ٣٥٥/٨] والدار في أيديهم: وكان ينبغي أن يقول: في أيديهما؛ لأن المذكور الشية ولكن فيها معنى الجمع. [البنية ٤٩٤/١٠] لأن فيه: أي بظهور نصيبهما مما في يد الغير، فإنه بالقسمة يعزل نصيب الغائب، فكان هذا محض نظر في حق الغائب والصغير. [الكفاية ٣٥٥/٨] في هذه الصورة: يعني فيما إذا كان معهما صبي عند أبي حنيفة رحمته كما إذا كان معهما غائب. (العناية) كما ذكرناه إلخ: يريد به قوله: لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة رحمته، حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته، وقال صاحباه: يقسمها باعترافهم. [العناية ٣٥٥/٨] مع غيبة أحدهم: وإن أقاموا البينة على الشراء. [العناية ٣٥٥/٨]

ويردّ عليه بالعيب فيما اشتراه المورث، أو باع، ^{المورث} ويصير مغروراً بشراء المورث، ^{الوارثين} فانتصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده، والآخر عن نفسه، فصارت القسمة ^{الحاضرين} قضاء بحضرة المتخاصمين، أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ، ولهذا لا يردّ بالعيب ^{المشتري} على بائع بائعته، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فوضح الفرق. وإن كان ^{من المشتريين} العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه: لم يقسم، وكذا إذا كان في يد مودعه، ^{العقار} وكذا إذا كان في يد الصغير؛ لأن القسمة قضاء على الغائب، والصغير باستحقاق ^{لا يقسم} يدهما من غير خصم حاضر عنهما، وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه، ^{نائب الغائب والصغير المودع} والقضاء من غير خصم لا يجوز، ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البيّنة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب. قال: وإن حضر وارث واحد: لم يقسم، وإن ^{القدوري} أقام البيّنة؛ لأنه لا بد من حضور خصمين؛ ^{القدوري}

ويصير مغروراً: صورته: اشترى المورث جارية ومات، واستولدها الوارث، ثم استحققت يكون الولد حراً بالقيمة، ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث. [العناية ٣٥٥/٨] بائع بائعته: لأن بائع البائع ليس بقائم مقام البائع. (البنية) فوضح الفرق: أي ظهر الفرق بين مسألة الإرث ومسألة الشراء. (البنية) على الغائب: بإخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم عنهما. [نتائج الأفكار ٣٥٦/٨] وأمين الخصم إلخ: هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر، تقديره: أن يقال: لم يجوز أن يكون المودع خصماً لكون العين في يده، فأجاب بأنه أمين الخصم. [البنية ٤٩٦/١٠] في هذا الفصل: إشارة إلى قوله: وإن كان العقار في يد الوارث الغائب، أو شيء منه لم يقسم. [الكفاية ٣٥٦/٨] هو الصحيح: احتراز عما ذكر في "المبسوط"، وإن كان شيء من العقار في يد الصغير، أو الغائب لا يقسمها بإقرار الحضور، حتى يقوم البيّنة على أصل الميراث. [العناية ٣٥٦/٨] كما أطلق: وهو قوله: لم يقسم من غير ذكر إقامة البيّنة على الإرث. [الكفاية ٣٥٦/٨]

لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً، وكذا مقاسماً ومقاسماً، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا. ولو كان الحاضر كبيراً صغيراً، نصب القاضي عن الصغير وصياً، وقسم إذا أقيمت البيّنة، وكذا إذا حضر وارث كبير، وموصى له بالثلث فيها، فطلبوا القسمة وأقاموا البيّنة على الميراث والوصية: يقسمه؛ لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه، وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه.

الوصي الصبي

لأن الواحد إلخ: فالحاضر إن كان خصماً عن نفسه، فليس لمة خصم عن الميت وعن الغائب، وإن كان خصماً عنهما فما لمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البيّنة. [العناية ٣٥٦/٨] ومخاصماً: وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله؛ لأنه يحتاج إلى إقامة البيّنة، وقوله: مقاسماً ومقاسماً هذا عندهما؛ لأنه لا يحتاج إلى إقامة البيّنة عندهما، وعن أبي يوسف رحمته الله: أن القاضي ينتصب عن الغائب خصماً، ويسمع البيّنة عليه، ويقسم الدار. [الكفاية ٣٥٦/٨] على ما بينا: أراد به قوله: وإذا حضر وارثان وأقاما البيّنة إلخ. [البنية ٤٩٨/١٠]

ولو كان الحاضر إلخ: ذكره هذا تفريعاً على مسألة "القدوري". (البنية) نصب القاضي إلخ: وإنما ينصب القاضي عن الصغير وصياً إذا كان حاضراً، أما إذا كان غائباً فلا ينصب عنه وصياً؛ لأن القاضي لا ينصب الخصم عن الغائب إلا لضرورة، ومتى كان المدعى عليه صبيّاً، ولو وقع العجز عن جوابه لم يكن عجزاً عن إحضاره، فلا ينصب القاضي خصماً عنه في حق الحضرة، فلم يصح الدعوى؛ لأنها لا تصح من غير مدعى عليه حاضر، ولا كذلك إذا حضر؛ لأن الدعوى يصح عليه؛ لكونه حاضراً، إلا أنه عجز عن الجواب، فينصب خصماً يجيب عنه، بخلاف الدعوى على الميت؛ لأن إحضاره وجوابه لا يتصور، فينصب واحداً في الأمرين جميعاً. [الكفاية ٣٥٦-٣٥٧]

وكذا إذا إلخ: وهذا أيضاً ذكره تفريعاً على مسألة "القدوري". (البنية) وكذا الوصي إلخ: أي وكذا الوصي خصم عن الصبي فيما إذا كان الحاضر كبيراً أو وصي الصبي. [البنية ٤٩٩/١٠]

فصل فيما يُقسم وما لا يُقسم

قال: وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه: قسم بطلب أحدهم؛ لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم، على ما بيناه من قبل. وإن كان ينتفع أحدهم، ويُستتضر به الآخر لقلّة نصيبه، فإن طلب صاحب الكثير: قسم، وإن طلب صاحب القليل: لم يُقسم؛ لأن الأول منتفع به، فيعتبر طلبه، والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر، وذكر الحصاص على قلب هذا؛ لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره، والآخر يرضى بضرر نفسه. وذكر الحاكم الشهيد في "مختصره": أن أيّهما طلب القسمة يُقسم القاضي، والوجه اندرج فيما ذكرناه، والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول،

فيما يقسم: لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانها في فصل على حدة. [نتائج الأفكار ٣٥٧/٨] بطلب أحدهم: جبراً على من أبى. على ما بيناه إich: إشارة إلى قوله: إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز؛ لتقارب المقاصد، والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إich. [الكفاية ٣٥٧/٨] فيعتبر طلبه: لأنّه طالب بحق ثابت له. [البنية ٥٠٠/١٠] متعنت في طلبه: أي متعنت في طلب القسمة، والقاضي يجيب المتعنت بالرد، وتعذر الانتفاع بنصيبه لقلّة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الكثير. (الكفاية) على قلب هذا: أي لو طلب صاحب القليل قسم، ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم، وذكر في بعض النسخ الخصاص مكان الحصاص، والأصح: هو الحصاص؛ لأن الأول قول الخصاص. [الكفاية ٣٥٧/٨] والوجه اندرج: لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين، ودليل قول الحصاص دليل الجانب الآخر. (العناية) فيما ذكرناه: وهو ما ذكر؛ لأن الأول منتفع به، فاعتبر طلبه، وقوله: والآخر يرضى بضرر نفسه. (الكفاية) وهو الأول: لأن رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئاً، وإنما الملزم طلب الانصاف من القاضي وإيصاله إلى منفعة، وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل. [العناية ٣٥٧/٨]

وإن كان كل واحد منهما يُنْتَظَرُ لصِغَرِهِ ^{نصيبه} لم يُقَسِّمَها إلا بتراضيهما؛ لأن الجبر على
 القسمة لتكميل المنفعة، وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما؛ لأن الحق لهما، وهما أعرف
 بشأهما، أما القاضي فيعتمد الظاهر. قال: ويقسم العروض إذا كانت من صنف ^{القُدوري} ^{القاضي جبراً} كالتياب مثلاً
 واحد؛ لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود، فيحصل التعديل في القسمة، والتكميل في
 المنفعة. ولا يُقَسِّمُ الجنس ^{القاضي} بعضهما في بعض؛ لأنه لا اختلاط بين الجنسين، فلا تقع
 القسمة تمييزاً، بل تقع معاوضةً، وسبيلها التراضي دون جبر القاضي. ويقسم كل
 موزون ومكيل، كثير أو قليل، والمعدود المتقارب، وتبر الذهب والفضة، والحديد
 والنحاس، والإبل بانفرادها، والبقر والغنم. ولا يُقَسِّمُ شاةً وبعيراً وبرذوناً وحماراً،
 ولا يُقَسِّمُ الأواني؛ لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة.

وهما أعرف بشأهما: ولكن القاضي لا يباشر ذلك، وإن طلبوا منه؛ لأن القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه
 لاسيما إذا كان فيه إضرار وإضاعة للمال؛ لأن ذلك حرام، ولا يمنعهم من ذلك؛ لأن القاضي لا يمنع من
 أقدم على إتلاف ماله في الحكم، وهذا من جملة. بعضهما في بعض: هذا لفظ القُدوري في "مختصره" بأن
 جمع نصيب أحدهما في الإبل، ونصيب الآخر في البقر، وبه قال مالك والشافعي رحمهما. [البنية ١٠/٥٠٣]
 دون جبر القاضي: لأن ولاية الإجمار للقاضي يثبت معنى التمييز. (البنية) ويقسم كل موزون: ذكر هذا
 تفريراً على مسألة "القُدوري". (البنية) ولا يقسم شاةً إلخ: أي لا يقسم جبراً في هذه الأشياء قسمة جمع، بأن
 يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة، ونصيب الآخر في البعير خاصة، بل يقسم الشاة بينهم جميعاً على
 ما يستحقون، وكذلك في البعير وغيره؛ لأن الأجناس إذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع لبعض المنفعة
 لا تكميلاً. [الكفاية ٨/٣٥٨] الأواني: من الذهب والفضة والنحاس بعضها في بعض. [البنية ١٠/٥٠٤]
 التحقت بالأجناس: وإن كان أصلها واحداً كالإحانة والقميمة، والطست المتخذة من الصفر مثلاً،
 وكذلك الأثواب المتخذة من القطن إذا اختلفت بالصنعة، كالقباء والجبة والقميص لا يقسم القاضي جبراً
 بعضها في بعض. [الكفاية ٨/٣٥٨]

ويقسم الثياب المروية؛ لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوباً واحداً؛ لاشتغال القسمة على الضرر؛ إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع، ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما؛ لما بينا، بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين، أو ثوب وربع ثوب بثوب، وثلاثة أرباع ثوب؛ ^{اختلفت قيمتها} لأنه قسمة البعض دون البعض، وذلك جائز. وقال أبو حنيفة رحمته: لا يقسم الرقيق والجواهر؛ لتفاوتهما، وقالوا: يقسم الرقيق؛ لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم. وله: أن التفاوت في الآدمي فاحش؛

ولا يقسم ثوباً واحداً: أي عند طلب أحد الشريكين دون الآخر؛ لاشتغال القسمة على ضرر؛ إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع، وفي قطعها إتلاف جزء منه، فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء، فإن رضيا بذلك جميعاً قسمه بينهما؛ لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر. [الكفاية ٣٥٨/٨] لما بينا: أي لأنه لا تتحقق إلا بالقطع؛ لأنه لا يمكن التعديل إلا بالقطع أو بزيادة دراهم مع الأوكس، ولا يجوز إدخال الدراهم في القسمة جبراً؛ لأن القسمة حق في الملك المشترك، والشركة بينهما في الثياب، فلو أدخل في القسمة الدراهم يقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح. [الكفاية ٣٥٩/٨]

ثوب بثوبين: يعني إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر، يقسم القاضي بينهما، ويعطي أحدهما ثوباً، والآخر ثوبين. [العناية ٣٥٩/٨] وثلاثة أرباع ثوب: بأن كانت ثلاثة أثواب قيمة أحدها دينار وقيمة الآخر دينار، وربع دينار، وقيمة الآخر دينار، وثلاثة أرباع دينار، فإنه يقسم ويعطي الثوب الذي قيمته دينار وربع دينار لواحد، ويعطي الثوب الذي قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار لآخر، والثوب الآخر يشترك بينهما أرباعاً، ربعه لمن أخذ الثوب الذي قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار، وثلاثة أرباعه لمن أخذ الثوب الذي قيمته دينار وربع دينار. [البنية ١٥٠/١٤]

وذلك جائز: لأنه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك، ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء، فكذلك في البعض. [العناية ٣٥٩/٨] يقسم الرقيق: يعني أن الرقيق جنس واحد إذا كانوا ذكوراً أو إناثاً، ألا ترى أن الرقيق يثبت في الذمة مهراً، ولا يثبت في الذمة سلماً كما في سائر الحيوانات، فكذا في القسمة. [الكفاية ٣٥٩/٨]

لتفاوت المعاني الباطنة، فصار كالجنس المختلف، بخلاف الحيوانات؛ لأن التفاوت فيها يقلُّ عند اتحاد الجنس، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان، ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغنم؛ لأن حق الغنمين في المالية، حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها، وههنا يتعلق بالعين والمالية جميعاً فافترقا. وأما الجواهر فقد قيل: إذا اختلف الجنس لا يُقسم كالآلي واليواقيت، وقيل: لا يُقسم الكبار منها؛ لكثرة التفاوت، ويقسم الصغار؛ لقلة التفاوت، وقيل: يجري الجوابُ على إطلاقه؛ لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق، ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة، أو ياقوتة، أو خالع عليها لا تصح التسمية، ويصح ذلك على عبد، فأولى أن لا يجبر على القسمة. قال: ولا يُقسم حمام، ولا بئر، ولا رحي،

المعاني الباطنة: كالذهن والكياسة؛ لأن من العبيد من يصلح للأمانة، ومنهم من يصلح للتجارة، ومنهم من يصلح للفروسة والخيطة والكتابة، فمتى جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فاته سائر المنافع. (الكفاية) بخلاف الحيوانات إلخ: جواب عن قولهما: لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم، وقيد بقوله: عند اتحاد الجنس احترازاً عما إذا اختلف الجنس، وأن الجنسين لا يقسم بعضها في بعض على ما مر. [البنية ٥٠٨/١٠] الذكر والأنثى: حتى إذا اشترى شخصاً على أنه عبد، فإذا هو جارية لا ينعقد العقد، بخلاف سائر الحيوانات. [الكفاية ٣٥٩/٨] بخلاف المغنم: جواب عن قولهما: رقيق المغنم. [البنية ٥٠٨/١٠] بالعين والمالية: أي فافترق حكم رقيق المغنم وحكم شركة المالك، فلا يجوز، وقياسهما من أحدهما على الآخر. (البنية) جهالة الرقيق: والرقيق لا يقسم عند أبي حنيفة كالجواهر أولى. [البنية ٥٠٩/١٠] ولا يقسم إلخ: والأصل في هذا: أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما، بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة متفعلاً به انتفاع ذلك الجنس، وفي قسمة البئر والحمام والرُحى ضرر لهما، أو لأحدهما، فلا يقسم إلا بالتراضي. [العناية ٣٦٠/٨]

إلا بتراضي الشركاء، وكذا الحائط بين الدارين؛ لأنها ^{القسمة} تشتمل على الضرر في الطرفين؛ إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً، فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي؛ لما بينا. قال: وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على ^{القدوري} ^{متلازمة أو متفرقة} حدتها في قول أبي حنيفة رحمته الله. وقالوا: إن كان الأصلح ^{في رأي القاضي} لهم قسمة بعضها في بعض قسمها، وعلى هذا الخلاف الأقرححة المتفرقة المشتركة. لهما: أنهما جنس واحد اسمًا وصورةً نظرًا إلى أصل السكنى، وأجناس معنى نظرًا إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى، فيفوض الترجيح إلى القاضي، وله: أن الاعتبار للمعنى، وهو المقصود، ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال ^{جمع محلة} والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافًا فاحشًا، فلا يمكن التعديل في القسمة، ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار، وكذا لو ^{للاختلاف الفاحش} تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب، بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها؛

لما بينا: إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله: وإن كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما. [العناية ٣٦٠/٨] الخلاف إلخ: أي عندهما للقاضي أن يقسم بعضها في بعض كما في الدور، وعند أبي حنيفة رحمته الله يقسم كل قراح على حدة؛ لأنها تتفاوت فيما هو المقصد منها من الغلة والصلاحية للرطوبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور والأجناس المختلفة. [الكفاية ٣٦٠/٨] الأقرححة: جمع قراح، وهي: أرض خالية عن الشجر والبناء وغيرها. (البناءة) فيفوض الترجيح: أي الرأي في ذلك له، فإن رأى أن يقسم كل دار قسم، وإن رأى الجمع فعل، كذا في "الفتاوى الظهيرية". [البناءة ٥١١/١٠] الحكم فيهما: أي في الوكالة والتسمية في المهر، أي: لو وكل رجلًا بشراء دار لا يصح التوكيل، كما لو وكله بشراء ثوب، وكذا لو تزوج امرأة على دار لا تصح التسمية كما لو تزوج على ثوب. [الكفاية ٣٦٠/٨-٣٦١]

لأن في قسمة كل بيت على حدة ضرراً، فُقِسِمَت الدَّارُ قسمةً واحدة. قال رضي الله عنه:
 تقييد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا تجمعان في
 وضع المسألة القُدوري القسمة عندهما، وهو رواية هلال عنهما. وعن محمد رضي الله عنه: أنه يُقَسَّم إحداهما في
 الأخرى، والبيوت في مَحَلَّة، أو محالٍ تقسم قسمة واحدة؛ لأن التفاوت فيما
 بينها يسير، والمنازل المتلازقة المتباينة أو المتلازقة كالبيوت، والمتباينة كالدور؛ لأنه بين الدار والبيت
 على ما مرَّ من قبل، فأخذ شبهاً من كل واحد. قال: القُدوري وإن كانت داراً وضبعة، أو
 داراً وحنوتاً يقسم كل واحد منهما على حدة؛ لاختلاف الجنس، قال رضي الله عنه: جعل
 الدار والحنوت جنسين، وكذا ذكر الخصاف، وقال في إجازات المبسوط "الأصل": إن

إجارة منافع الدَّار بالحنوت لا تجوز، لشبهة الربا

رواية هلال عنهما: أي عن أبي يوسف ومحمد رضي الله عنهما، وهلال هو ابن يحيى المصري تلميذ أبي يوسف
 وزفر رضي الله عنه، وهو يسمَّى بهلال الرأي لفقْهه. (البنية) يقسم إحداهما إلخ: لأنه جعلهما جنساً واحداً باعتبار
 اتحاد الاسم كما لو كان في مصر واحد. (البنية) لأن التفاوت إلخ: لأنها لا تتفاوت في معنى السكنى ما
 ليست اسم لسقف واحد له دهليز، فلا يتفاوت في المنفعة عادة، ألا ترى أنه يوجر بأجرة واحدة في كل
 محلة. [البنية ٥١٣/١٠] والمنازل المتلازقة: إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقة بعضها ببعض تقسم
 قسمة واحدة، وإن كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة كان في محالٍ أو في محلة؛ لأن المنزل فوق
 البيت ودون الدار، والتحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلازقة، وبالدار إذا كانت متباينة، والقاضي ينظر
 إلى أعدل الوجوه، فيمضي القسمة على ذلك. [الكفاية ٣٦١/٨]

ذكر الخصاف: وإنما خص الخصاف بالذكر؛ لأن هذه المسألة لم تذكر في كتاب محمد، ولا ذكرها الطحاوي
 ولا الكرخي رضي الله عنهما. [العناية ٣٦١/٨] إجارة منافع: أي إجارة منافع الدار بمنافع الحنوت لا تجوز، أما لو جعل
 عين الحنوت أجرة لمنافع الدار فتجوز، وإنما لا يجوز جعل منافع الحنوت أجرة لمنافع الدار. (النهاية)

وهذا يدل على أنهما جنس واحد، فيجعل في المسألة روايتان، أو تُبنى حرمة الربا ^{الدار والحانوت} هنالك على شبهة المجانسة.

فصل في كيفية القسمة

قال: وينبغي للقاسم أن يُصور ما يَقْسِمُهُ؛ ليتمكن حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة، ويُروى يعزله أي يُقَطِّعه بالقسمة عن غيره، ويذرعُه ليعرف قدره، ويقوم البناء ^{لحاجته إليه في الآخرة}، ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقة وشربه، حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق، فتقطع المنازعة، ^{بالتفريق} ويتحقق معنى القسمة على التمام، ثم يُلقَّبُ نصيباً بالأول، والذي يليه بالثاني والثالث على هذا، ثم يُخرج القرعة، ^{من أي جانب شاء}

جنس واحد: بما عرف أن إجارة السكنى بالسكنى لا تجوز، وكذا إجارة أرض للزراعة بزراعة أرض أخرى لا تجوز. [الكفاية ٣٦١/٨] في المسألة روايتان: يعني إما يحمل ذلك على اختلاف الرواية، أو يقال: إنهما جنسان كما ذكره الخصاص. [البنية ٥١٥/١٠] على شبهة المجانسة: باعتبار اتحاد منفعتيها وهو السكنى، وفي "الكافي" للعلامة النسفي رحمته: كذا ذكره في "الهداية" وهو مشكل هذا الإشكال صدر من صاحب "الكافي" لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. [الكفاية ٣٦١/٨] كيفية القسمة: لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم، شرع في بيان كيفية المقسم فيما يقسم؛ لأن الكيفية صفة، فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف. [نتائج الأفكار ٣٦٢/٨-٣٦٣] وينبغي للقاسم إلخ: أي إذا شرع في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه، بأن يكتب على كاغدة أن فلاناً نصيبه كذا، وفلاناً نصيبه كذا؛ ليتمكن حفظه إن أراد رفع تلك الكاغدة إلى القاضي؛ ليتولى الأقراع بينهم بنفسه. (العناية) لحاجته إليه: إذ البناء يقسم على حدة، فربما يقع في نصيب أحدهم شيء منه، فيكون عالماً بقيمتها. [العناية ٣٦٢/٨] على هذا: أي على هذا الترتيب بأن يلقب الذي يلي الثالث بالرابع، والذي يلي الرابع بالخامس وهلم جراً. [البنية ٥١٧/١٠] ثم يخرج القرعة: بأن يكتب القاضي أسماء الشركاء في بطاقات، ثم يطوي كل بطاقة بعينها، ويجعلها في قطعة من طين، ثم يدلّكها بين كفيه، حتى تصبح مستديرة، فيكون شبيهة بالبندقة. [الكفاية ٣٦٣/٨]

فمن خرج اسمه أولاً، فله السهم الأول، ومن خرج ثانياً، فله السهم الثاني. والأصل: أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصباء، حتى إذا كان الأقل ثلثاً جعلها أثلاثاً، وإن كان سدساً جعلها أسداساً؛ لتمكن القسمة، وقد شرحناه مشبعاً في "كفاية المنتهي" بتوفيق الله تعالى. وقوله في الكتاب: ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل، فإن لم يفعل أو لم يمكن: جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله تعالى، والقرعة لتطبيب القلوب وإزاحة قهمة الميل، حتى لو عين لكل منهم نصيباً من غير إقراع: جاز؛ لأنه في معنى إلى أحد الشركاء القاضي القضاء، فيملك الإلزام. قال: ولا يدخل في القسمة الدارهم والدنانير إلا بتراضيه؛ القدوري

فمن خرج: قال الإمام مولانا حميد الدين: صورته: أرض بين جماعة لأحدهم سدسها، وآخر نصفها، وآخر ثلثها يجعلها ستة أسهم، ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول، والذي يليه بالثاني، والثالث على هذا، ويكتب أساميهم ويجعلها قرعة، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول، فإن كان ذلك يفي بسهمه، بأن كان صاحب السدس فله الجزء الأول، وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي يليه، وإن كان صاحب الصنف فله الجزء الأول والليان يليانه. (النهاية)

مشبعاً: أي مستوفياً كاملاً من غير ترك شيء فيما يتعلق بهذا الباب. (البنية) فإن لم يفعل: أي فإن لم يفرز الطريق وبقي بينهم كما كان. [البنية ٥١٩/١٠] والقرعة إلخ: جواب الاستحسان، والقياس يأبأها؛ لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة، وذلك قمار، ولهذا لم تجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة. (العناية) جاز: لأن القاسم لو قال: أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب، وأنت هذا الجانب كان مستقيماً، إلا أنه ربما يتهم في ذلك. [العناية ٣٦٣/٨]

ولا يدخل: أي لا يدخل الدراهم التي ليست من التركة؛ ليحبرها نقصان بعض الأنصباء. وصورته: دار بين جماعة، فأرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين فضل بناء، فأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء دراهم، وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنه يجعل عوض البناء من الأرض، ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه أن يرد بإزاء البناء من الدراهم، إلا إذا تعذر، فيحتد للقاضي ذلك. [الكفاية ٣٦٣/٨]

لأنه لا شركة في الدراهم، والقسمة من حقوق الاشتراك؛ ولأنه يفوت به التعديل في القسمة؛ لأن أحدهما يصل إلى عين العقار و دراهم الآخر في ذمته، ولعلها لا تسلم له، وإذا كان أرض وبناء، فعن أبي يوسف رحمته أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة؛ لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم، وعن أبي حنيفة رحمته: أنه يقسم الأرض بالمساحة؛ لأنه هو الأصل في المسوحات. ثم يُردُّ من وقع البناء في نصيبه، أو من كان نصيبه أجودَ دراهم على الآخر حتى يساويه، فتدخل الدراهم في القسمة ضرورةً بمقابلة البناء كالأخ لا ولاية له في المال، ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج، وعن محمد رحمته أنه يردُّ على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة، وإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية، بأن كان لا تفي العرصة بقيمة البناء، فحينئذ يرد للفضل دراهم؛ لأن الضرورة في هذا القدر، فلا يُترك الأصل إلا بها، وهذا يوافق رواية "الأصل". قال: فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر، أو طريق لم يُشترط في القسمة، القلوري

من حقوق الاشتراك: يعني القسمة لا تكون إلا فيما فيه اشتراك. (البناء) ولعلها لا تسلم له: أي ولعل الدراهم لا تسلم للآخر؛ لأنه من العلل، وليس ما يصل الرجل إليه في الحال، وما لا يصل معادلة، فلا يصار إليه إلا عند الضرورة. [البناء ٥٢١/١٠] إلا بالتقويم: لأن القسمة لتعديل الأنصبة، ولا يمكن التعديل بين الأرض والبناء إلا بالتقويم، فيصار إليه. (البناء) ضرورة التزويج: أي لأجل ضرورة صحة النكاح؛ لأن النكاح ليس بمشروع بلا مهر. [البناء ٥٢٢/١٠]

لأن الضرورة إلخ: يعني لأن الضرورة دعت إلى إعطاء الدراهم في هذا القدر. [البناء ٥٢٣/١٠] وهذا يوافق: لأنه قال فيه: يقسم الدار مزارعة، ولا يجعل لأحدهما على الآخر فضلاً من الدراهم وغيرها، كذا في بعض الشروح. [العناية ٣٦٤/٨]

فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه: ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر؛
 لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر، وإن لم يمكن فسخت القسمة؛ لأن
 القسمة محتلة لبقاء الاختلاط فتستأنف، بخلاف البيع، حيث لا يفسد في هذه الصورة؛
 لأن المقصود منه تمليك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال؛ أما القسمة فلتكميل
 المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب؛
 لأن معنى القسمة الإفرار والتمييز، وتام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب
 الآخر، وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر، فيصار إليه.
 بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل؛ لأنه
 أمكن تحقيق معنى البيع، وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره.

وإن لم يمكن: صرف الطريق والمسيل عنه. (البنية) بخلاف البيع: يعني فما إذا باع داراً أو أرضاً، فإنه لا
 يبطل؛ لعدم دخول الطريق والشرب في البيع؛ لأنهما لا يدخلان في البيع من غير ذكرهما، والمراد من
 الطريق: الخاص في ملك إنسان. [البنية ٥٢٤/١٠]
 وأنه يجامع: أي البيع يجامع تعذر الانتفاع، كمن اشترى جحشاً صغيراً، أو أرضاً سبخة، فإنه يجوز وإن
 كان لا ينتفع به المشتري، فأما القسمة فالمقصود منها إيصال كل واحد منها إلى الانتفاع بنصيبه، وإذا
 لم يكن له مفتح إلى الطريق ولا مسيل ماء، فهذه قسمة وقعت على الضرر فلا يجوز. [الكفاية ٣٦٤/٨]
 في الوجه الأول: أي فيما إذا أمكن صرف الطريق والمسيل عنه. [الكفاية ٣٦٤/٨]
 كذلك الجواب: أي ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر مع ذكر الحقوق، ثم المراد من ذكر
 الحقوق أن يقول: هذا لك بحقوقه، وأما إذا قال: هذا لك بطريقه وشربه ومسيل مائه، فإنه يثبت هذه
 الحقوق. [الكفاية ٣٦٤/٨-٣٦٥] فيصار إليه: أي فيصار إلى صرفها إلى غيرهما من غير ضرر له. (البنية)
 وهو التمليك: أي إثبات الملك في العين. [البنية ٥٢٥/١٠]

وفي الوجه الثاني يدخل فيها؛ لأن القسمة لتكميل المنفعة، وذلك بالطريق والمسيل،
 فيدخل عند التنصيص باعتباره، وفيها معنى الإفرار، وذلك بانقطاع التعلق على ما
 ذكرنا، فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص. بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون
 التنصيص؛ لأن كل المقصود الانتفاع، وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب
 والطريق، فيدخل من غير ذكر. ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة إن
 كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه، قسم الحاكم من غير طريق يُرفع
 لجماعتهم؛ لتحقيق الإفرار بالكلية دونه، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً
 بين جماعتهم؛ لتحقيق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق. ولو اختلفوا في مقداره

وفي الوجه الثاني: أي فيما إذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه. [الكفاية ٣٦٥/٨] لأن القسمة إلخ:
 لأن معنى الإفرار لما كان مراعى في القسمة كان ينبغي أن لا يدخل الطريق والمسيل اللذان في نصيب
 صاحبه، وإن ذكر الحقوق في القسمة؛ لأنه حينئذ لا يحصل الانقطاع والإفرار من كل وجه، لكن في
 القسمة وإن كان معنى الإفرار، ففيها معنى تكميل المنفعة، فاعتبر كلاهما بهذا الطريق. [الكفاية ٣٦٥/٨]
 عند التنصيص: تقريره: أن في القسمة تكميلاً وإفراراً، والحقوق بالنظر إلى التكميل تدخل وإن لم تذكر،
 وبالنظر إلى الإفرار لا تدخل وإن ذكرت؛ لأن دخولها يناقض الإفرار، فقلنا: يدخل عند التنصيص ولا تدخل
 عند عدمه؛ إعمالاً للوجهين بقدر الإمكان. [العناية ٣٦٥/٨] لا يدخل: أي كل واحد من الطريق
 والمسيل. [البنية ٥٢٦/١٠] بخلاف الإجارة إلخ: هذا يتعلق بقوله: بخلاف البيع. [البنية ٥٢٦/١٠]
 ولو اختلفوا إلخ: ذكره تفريعاً على مسألة القدوري. [البنية ٥٢٦/١٠] فقال بعضهم: لا ندع طريقاً
 مشتركاً بيننا، بل نقسم الكل، وقال بعضهم: بل ندع ينظر القاضي فيه إن كان يستقيم لكل واحد طريق
 يفتحه في نصيبه. [العناية ٣٦٥/٨] في مقداره إلخ: أي في سعة وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض
 باب الدار وطوله؛ لأن باب الدار طريق متفق عليه، والمختلف فيه يرد إلى المتفق عليه؛ ولأنه إذا اكتفى
 بذلك في المدخل، فكذا في السلوك. [الكفاية ٣٦٦/٨]

جُعِلَ عَلَى عَرَضِ بَابِ الدَّارِ وَطُولِهِ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَنْدَفِعُ بِهِ. وَالطَّرِيقُ عَلَى سَهَامِهِمْ
كَمَا كَانَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فِيمَا وَرَاءَ الطَّرِيقِ لَا فِيهِ، وَلَوْ شَرَطُوا أَنْ يَكُونَ
الطَّرِيقُ بَيْنَهُمَا أَثَلَاثًا جَازَ، وَإِنْ كَانَ أَصْلُ الدَّارِ نَصْفَيْنِ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ عَلَى التَّفَاضُلِ
جَائِزَةٌ بِالْتِرَاضِيِّ. قَالَ: وَإِذَا كَانَ سَفْلٌ لَا عُلُوَّ عَلَيْهِ، وَعُلُوٌّ لَا سَفْلَ لَهُ، وَسَفْلٌ لَهُ
عُلُوٌّ: قَوْمٌ كُلٌّ وَاحِدٌ عَلَى حَدِّهِ، وَقَسَمَ بِالْقِيَمَةِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بغيرِ ذَلِكَ. قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:
هَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: إِنَّهُ يُقَسَّمُ بِالذَّرْعِ،

تَنْدَفِعُ بِهِ: فَلَا فَائِدَةَ فِي جَعْلِهِ أَعْرَضَ مِنْ ذَلِكَ، وَفَائِدَةُ قِسْمَةِ مَا وَرَاءَ طُولِ الْبَابِ مِنَ الْأَعْلَى، هِيَ أَنْ أَحَدَ
الشَّرَكَاءِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَشْرَعَ جَنَاحًا فِي نَصِيبِهِ إِنْ كَانَ فَوْقَ طُولِ الْبَابِ كَانَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْهَوَاءَ فِيمَا زَادَ
عَلَى طُولِ الْبَابِ مَقْسُومٌ بَيْنَهُمْ، فَكَانَ بَانِيًا عَلَى خَالِصِ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَ فِيمَا دُونَ طُولِ الْبَابِ يَمْنَعُ مِنْ
ذَلِكَ؛ لِأَنَّ قَدْرَ طُولِهِ مَشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ فَصَارَ بَانِيًا عَلَى الْهَوَاءِ الْمَشْتَرَكِ، وَهُوَ لَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ رِضَا الشَّرَكَاءِ،
وَإِنْ كَانَ الْمَقْسُومُ أَرْضًا يَرْفَعُ مِنَ الطَّرِيقِ بِمَقْدَارِ مَا يَمُرُّ فِيهِ ثَوْرٌ وَاحِدٌ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَّ لِلزَّرَاعَةِ مِنْ ذَلِكَ، وَلَا يَجْعَلُ
مَقْدَارَ مَا يَمُرُّ فِيهِ ثَوْرَانِ مَعًا، وَإِنْ كَانَ مَحْتَاجًا إِلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ كَمَا يَحْتَاجُ إِلَى هَذَا يَحْتَاجُ إِلَى الْعَجَلَةِ، فَيُؤَدِّي
إِلَى مَا لَا يَتَنَاهَى كَذَا فِي "النِّهَايَةِ". [العناية ٣٦٥/٨-٣٦٦]

جَائِزَةٌ بِالْتِرَاضِيِّ: لِأَنَّ مَنْ رَضِيَ أَنْ يَتْرَكَ حَقَّهُ لَا يَعْتَرِضُ عَلَيْهِ. (الْبَنَاءُ) وَإِذَا كَانَ سَفْلٌ إِنْ خ: صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ:
أَنْ يَكُونَ عُلُوٌّ مَشْتَرَكًا بَيْنَ رَجُلَيْنِ وَسَفْلُهُ لآخر، وَسَفْلٌ مَشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَعُلُوُّهُ لآخر، وَبَيْتٌ كَامِلٌ
مَشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، وَالْكُلُّ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِي دَارَيْنِ لَكِنْ تَرَاضِيَا عَلَى الْقِسْمَةِ، وَطَلِبَا مِنَ الْقَاضِي
الْقِسْمَةَ، وَإِنَّمَا قِيدْنَا بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يُقَالُ: تَقْسِيمُ الْعُلُوِّ مِنَ السَّفْلِ قِسْمَةٌ وَاحِدَةٌ إِذَا كَانَتِ الْبُيُوتُ مَتَفَرِّقَةً
لَا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. (العناية) قَوْمٌ كُلٌّ وَاحِدٌ: فَإِنْ كَانَ قِيَمَتُهُمَا سَوَاءً كَانَ ذِرَاعٌ بِذِرَاعٍ، وَإِنْ
كَانَ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا نِصْفَ قِيَمَةِ الْآخَرِ بِحَسَبِ ذِرَاعٍ بِذِرَاعَيْنِ، وَعَلَى هَذَا الْحِسَابِ. [العناية ٣٦٦/٨-٣٦٧]
بغيرِ ذَلِكَ: أَيِ بغيرِ التَّقْوِيمِ وَالْقِسْمَةِ بِالْقِسْمَةِ. (الْبَنَاءُ) هَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَيِ قَالَ الْمَصْنِفُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هَذَا
الْمَذْكُورُ فِي الْقُدُورِيِّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. [الْبَنَاءُ ٥٢٩/١٠]

لمحمد ﷺ: أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء، أو سرداباً، أو
 إصطبلًا أو غير ذلك، فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة. وهما يقولان: إن القسمة
 بالذرع هي الأصل؛ لأن الشركة في المذروع لا في القيمة، فيصار إليه ما أمكن،
 والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق، ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة
 بالذرع، فقال أبو حنيفة ﷺ: ذراع من سفلى بذراعين من علو. وقال أبو يوسف ﷺ:
 ذراع بذراع، قيل: أجاب كل منهم على عادة أهل عصره، أو أهل بلده في تفضيل
 السفلى على العلو، واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى، وقيل: هو اختلاف
 معنى. ووجه قول أبي حنيفة ﷺ: إن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو بضعفه؛
 لأنها تبقى بعد فوات العلو، ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى، وكذا السفلى فيه
 منفعة البناء والسكنى، وفي العلو السكنى لا غير؛ إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا
 برضا صاحب السفلى، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى. ولأبي يوسف ﷺ: أن
 المقصود أصل السكنى، وهما متساويان فيه، والمنفعتان متماثلتان؛ لأن لكل واحد
 العلو والسفلى

أو غير ذلك: نحو المطبخ وبيت الحطب والتبن والطاحونة ونحوها والعلو لا يصلح لهذه الأشياء ولا يصلح إلا
 للمفرقة. (البنية) والمراعى التسوية: وأراد بالمراعى الاعتبار وهو بفتح العين. (البنية) ثم اختلفا: أبو حنيفة
 وأبو يوسف ﷺ. (البنية) أجاب كل منهم: أي أجاب أبو حنيفة ﷺ بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في
 اختيار السفلى على العلو، وأبو يوسف ﷺ أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو
 والسفلى في منفعة السكنى، ومحمد ﷺ على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو
 أخرى. [العناية ٣٦٧/٨] اختلف معنى: أي حجة وبرهان قيل: إن الاختلاف يعني الفقهاء. [البنية ٥٣٠/١٠]
 منفعة البناء: فلو أراد أنه يحفر في سفله سرداباً لم يكن لصاحب العلو منعه ذلك. [البنية ٥٣٢/١٠]
 لأن لكل واحد إلخ: أي كان لصاحب العلو أن يبني إذا لم يضر لصاحب السفلى، ولصاحب السفلى أن يحفر
 إذا لم يضر لصاحب العلو.

منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله. ولمحمد رحمته: أن المنفعة تختلف باختلاف الحرّ والبرد بالإضافة إليهما، العلو والسفل فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة، والفتوى اليوم على قول محمد رحمته، وقوله: لا يفتقر إلى التفسير. وتفسير قول أبي حنيفة رحمته في مسألة الكتاب: أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل؛ لأن العلو مثل نصف السفلى، فتلاثة وثلاثون وثلث من السفلى وستة وستون وثلثان من العلو المجرد، ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو، فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد، ويُجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع؛ لأن علوه مثل نصف سفله،

فلا يمكن التعديل إلخ: لأن المراد من القسمة التعديل، فيصار إلى القيمة. (البنية) والفتوى اليوم إلخ: كذا في "المبسوط" و"الذخيرة" و"المعني" و"المحيط"، وبه قالت الثلاثة. (البنية) ثلاثة وثلاثون: لأن الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة أذرع من العلو المجرد، فإذا ضربت الثلاثة في ثلاثة والثلاثين وثلث ذراع يكون مائة، فيسوي الثلاثة والثلاثين وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد. [البنية ٥٣٣/١٠] البيت الكامل: أي المشتمل على العلو والسفل. [الكفاية ٣٦٩/٨] لأن العلو مثل إلخ: فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفلى، وموضع هذه المسألة أنها في دار واحدة، وعنده تقسم إذا كانت في دار واحدة. [الكفاية ٣٦٩/٨] ومعه ثلاثة وثلاثون إلخ: لأن الذراع الواحد من البيت الكامل إنما كان في تقدير ذراعين أحدهما من السفلى والآخر من العلو. (النهاية) لأن علوه مثل إلخ: فإن ذراعاً من سفلى بذراعين من علو عند أبي حنيفة رحمته؛ لأن كل ذراع من البيت الكامل بمقابلة ذراع ونصف من السفلى، وهذا معنى قوله: لأن علوه مثل نصف سفله، فإذا ضربت الواحد والنصف في ستة وستين وثلثي ذراع، يكون مائة لأحالة، فيستوي الستة والستون وثلثان من البيت الكامل مع مائة ذراع من السفلى المجرد.

فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا، والسفل المجرد ستة وستون وثلثان؛ لأنه ضعف العلو، فيجعل بمقابلة مثله. وتفسير قول أبي يوسف رحمته: أن يُجعل بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد، أو مائة لأن السفل والعلو عنده سواء، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع: خمسون منها سفل، وخمسون منها علو. قال: وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان: قُبلت شهادتهما، قال القُدوري رحمته: هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمتهما، وقال محمد رحمته: لا تُقبل، وهو قول أبي يوسف رحمته أولاً، وبه قال الشافعي رحمته، وذكر الخصاص قول محمد رحمته مع قولهما، وقاسما القاضي وغيرهما سواء. لمحمد رحمته: أنهما أشهدا على فعل أنفسهما، فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره، فشهد ذلك الغير على فعله، ولهما: أنهما شهدا على فعل غيرهما، وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما؛ المتقاسمين

فبلغت: أي الأذرع التي تقدر من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد، فبلغ المائة؛ لأنه أخذ من البيت الكامل ستة وستون ذراعاً، وثلاث ذراع بمقابلة مثلها من السفل المجرد، ثم زيد على هذا العدد نصفه وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع؛ لأن لهذا العدد من البيت الكامل أعني ستة وستين وثلثي ذراع علواً، وهو يقدر بنصف هذا، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث، فكان المجموع مائة، وكانت هذه المائة من البيت الكامل بمقابلة مائة من السفل المجرد. (النهاية)

وإذا اختلف المتقاسمون: بأن قال أحدهم: بعض نصيبي في يد صاحبي، وأنكر الآخرون ذلك. (النهاية) ذكره القُدوري ولم يذكر خلافاً، وكأنه مال إلى قول الخصاص، فإنه ذكر قول محمد رحمته كقولهما. [العناية ٣٦٩/٨] وشهد القاسمان: أي إذا كان قسمت الدار أو الأرض بين الورثة أو المشتريين، فأنكر بعضهم أن يكون استوفى نصيبه، فشهد القاسمان للذان توليا القسمة أنه استوفى نصيبه قبلت شهادتهما. [الكفاية ٣٦٩/٨] فلا تقبل: لأنهما متهمان في هذه الشهادة. [البنية ٥٣٦/١٠]

لأن فعلهما التمييز، ولا حاجة إلى الشهادة عليه، أو لأنه لا يصلح مشهوداً به؛ لما أنه غير لازم، وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء، وهو فعل الغير، فتقبل الشهادة عليه. وقال الطحاوي رحمه الله: إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع، وإليه مال بعض المشايخ رحمهم الله؛ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه، فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل، إلا أنا نقول: هما لا يجزان بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغمناً لا اتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه، وهو التمييز، وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة. ولو شهد قاسم واحد: لا تقبل؛ لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير، ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر: يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه، ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكراً، والله أعلم.

لا يصلح مشهوداً به: أي فعل أنفسهما الذي هو التمييز لا يلزم حكماً، فلا يكون مقصوداً، فلا تكون الشهادة عليه من حيث المعنى. (البنية) غير لازم: قيل: لأن الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح إذا كانت القسمة بتراضيهما، أما إذا كان القاضي أو نائبه يقسم، فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح. [العناية ٣٦٩/٨] فلا تقبل: لأن المدعي لا تقبل شهادته. (البنية) الاستيفاء: أي استيفاء بعض الحقوق. (البنية) ولو شهد إخ: ذكره تفرعاً على مسألة "القلوري". [البنية ٥٣٨/١٠] ولا يقبل إخ: لأن قول الأمين حجة واقعة غير ملزمة. [البنية ٥٣٩/١٠]

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال: إذا ادّعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه، وقد أشهد القلوري ^{في القسمة} ^{قال} على نفسه بالاستيفاء، لم يُصدّق على ذلك إلا بينة؛ لأنه يدّعي فسخ القسمة بعد وقوعها، فلا يُصدّق إلا بحجة. فإن لم يكن له بينة استخلف الشركاء، فمن نكل منهم: جُمع بين نصيب الناكل والمدّعي، فيُقَسَم بينهما على قدر أنصبيتهما؛ لأن النكول حجة في حقه خاصة، فيعاملان على زعمهما، قال ^{الناكل والمدّعي} ^{رضي الله عنه}: ينبغي أن لا تُقبل دعواه أصلاً لتناقضه، وإليه أشار من بعد.

باب دعوى إلخ: لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع، وأن لا تقع آخر ذكره. [نتائج الأفكار ٣٧٠/٨] وقد أشهد إلخ: أي والحال أنه قد أشهد على نفسه، وفسره في "المبسوط" أي أقر بالاستيفاء، وكذا قال تاج الشريعة، أي أقر أنه استوفى نصيبه. [البنية ٥٣٩/١٠] فسخ القسمة: كالمشتري إذا ادّعى لنفسه خيار الشرط. (العناية) استخلف الشركاء: لأهم لو أقرّوا لزمهم، فإذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول، فمن حلف لا سبيل عليه، ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدّعي كما ذكر في الكتاب، ولا تحالف؛ لوجود التناقض في دعواه. [العناية ٣٧٠/٨] لا تقبل دعواه إلخ: يعني وإن أقام البينة لتناقضه؛ لأنه إذا أشهد على نفسه أي: أقر بالاستيفاء، عبارة عن قبض الحق بكماله، فكان الدعوى بعد ذلك تناقضاً. [العناية ٣٧١/٨] وإليه أشار إلخ: وهو قوله: وإن قال: أصابني إلى موضع كذا، فلم يسلم إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء تحالفاً، ففي هذا إشارة إلى أنه لا تقبل دعواه فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء؛ لأن عدم التحالف عند الإشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنى، إلا أن التناقض مانع لصحة الدعوى، ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى، ألا ترى أنه يجري التحالف عند صحة الدعوى؛ لوجود موجب التحالف، وهو الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فكان هو نظير الاختلاف في مقدار المبيع. [الكفاية ٣٧١/٨]

وإن قال: قد استوفيت حقي وأخذت بعضه، فالقول قول خصمه مع يمينه؛ لأنه ^{لفظ القدوري} يدعي عليه الغصب وهو منكّر، وإن قال: أصابني إلى موضع كذا، فلم يسلمه إلي، ^{لفظ القدوري} ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء، وكذبه شريكه: تحالفاً وفسخت القسمة؛ لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فصار نظير الاختلاف ^{بين المتعاقدين} في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم. ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه؛ لأنه دعوى الغبن، ^{في كتاب الدعوى} ولا معتبر به في البيع، فكذا في القسمة؛ لوجود التراضي، إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي، والغبن فاحش؛ لأن تصرفه مقيّد بالعدل. ^{القاضي}

مع يمينه: وعجز عن إقامة البينة. [العناية ٣٧١/٨] وكذبه شريكه: أي في قوله: أصابني إلى موضع كذا. [البنية ٥٤١/١٠] ولو اختلفا إلخ: ذكر هذا تفرعاً على مسألة "القدوري"، وذكر الإسيحابي في شرح "القدوري": وإن اقسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة، والآخر خمس وأربعون شاة، ثم ادعى صاحب الأوكس غلطاً في التقويم لم تقبل بينته في ذلك. [البنية ٥٤٢/١٠] لم يلتفت إليه: لو اختلفا في التقويم، فلا يخلو إما أن يكون يسيراً أو فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المتقومين، فإن كان الأول لم يلتفت إلى دعواه، سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لأن الاحتراز عن مثله عسير جداً، وإن كان الثاني، فإن كانت القسمة بقضاء القاضي تفسخ عن الكل؛ لأن التراضي منهم لم يوجد، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد، وإن كانت بالتراضي لم يذكره محمد رحمته الله، هذا الفصل في الكتاب، وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن في البيع لا تصح؛ لأنه لا فائدة فيه، فإن البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش، ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء متفاوتة يكون من حيث القيمة، وإذا ظهر في القسمة غبن فاحش كان شرط جواز القسمة فائتاً، فيجب نقضها، والصدر الشهيد حسام الدين رحمته الله، كأن يأخذ بالقول الأول، وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني، كذا في "الذخيرة"، وفي "فتاوى قاضي خان": جعل القول الأخير أولى.

ولو اقتسما داراً، وأصاب كل واحد طائفة، فادّعى أحدهما بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة، وأنكر الآخر: فعليه إقامة البيّنة؛ لما قلنا. وإن أقاما البيّنة يؤخذ بيّنة المدعي؛ لأنه خارج وبيّنة الخارج ترجح على بيّنة ذي اليد، وإن كان قبل الإشهاد على القبض: تحالفاً وتراداً، وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البيّنة: يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه؛ لما بيّننا. وإن قامت لأحدهما بيّنة قضي له، وإن لم تقم لواحد منهما تحالفاً كما في البيع.

فصل

قال: وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة رحمته الله، ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه، وقال أبو يوسف رحمته الله: تفسخ القسمة. قال رحمته الله: ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه،

ولو اقتسما داراً: هذه المسألة عين مسألة أول الباب، إلا أنها أعيدت لبناء مسألة أخرى عليها. (الكفاية) لما قلنا: إشارة إلى قوله: لم يصدق على ذلك إلا بيّنة؛ لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها. (العناية) إذا اختلفا: بأن قال أحدهما: هذا الحد لي قد دخل في نصيبه، وقال الآخر: هذا الحد لي قد دخل في نصيبه. [الكفاية ٣٧٣/٨] قيل: صورته: دار اقتسما رجلان، فأصاب أحدهما جانب منه، وفي طرف حده بيت في يد صاحبه، وأصاب الآخر جانب، وفي طرف حده بيت في يد صاحبه، فادّعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده، وأقاما البيّنة يقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه. [العناية ٣٧٣/٨] لما بيّننا: أي بيّنة الخارج أولى؛ لأنه أكثر إثباتاً. (البنية) قضي له: أي لمن قام له البيّنة. تحالفاً: يعني يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وبعد التحالف يرد القسمة. (البنية) فصل: أي هذا فصل في بيان الاستحقاق. [البنية ٥٤٤/١٠] الاختلاف: فيه نظر، فإن قول القدوري: "إذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه" ليس بنص في ذلك؛ لجسواز أن يكون قوله: بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما لا ببعض. [العناية ٣٧٣/٨، ٣٧٤]

وهكذا ذكر في "الأسرار". والصحيح: أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما، فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع، ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق، فهذه ثلاثة أوجه، ولم يذكر قول محمد رحمته الله، وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف رحمتهما، وأبو حفص مع أبي حنيفة رحمتهما، وهو الأصح. قوله محمد لأبي يوسف رحمته: أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما، والقسمة بدون رضاه باطلة كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين؛ وهذا لأن باستحقاق جزء شائع الشريك الثالث ينعدم معنى القسمة، وهو الإفراز؛ لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر الاستحقاق شائعاً، بخلاف المعين، ولهما: أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء،

ذكر في "الأسرار": أي ذكر الاختلاف في "الأسرار" في استحقاق بعض بعينه كذا هنا، وقع سهواً؛ لأن وضع المسألة في "الأسرار" في استحقاق بعض شائع، والمذكور فيه دار بين رجلين اقتسماها نصفين، ثم استحق النصف من نصيب أحدهما شائعاً لم تبطل القسمة عند أبي حنيفة رحمته، ولكن يخير المستحق عليه إن شاء رد الباقي واقتسم ثانياً، وإن شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق ولم ينقض. [الكفاية ٣٧٤/٨] ثلاثة أوجه: والحاصل: أن المسألة على ثلاثة أوجه، ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعاً لا ينقض القسمة بالاتفاق، وفي استحقاق بعض شائع في النصيبين ينقض القسمة بالاتفاق، وفي استحقاق بعض شائع في أحد الطرفين لا ينقض القسمة عند أبي حنيفة رحمته خلافاً لأبي يوسف رحمته، وهي مسألة الكتاب. وذكره أبو سليمان: أي وذكر أبو سليمان قول محمد مع أبي يوسف رحمتهما. [البنية ٥٤٦/١٠] وهذا: أي بطلان القسمة أيضاً في ظهور الاستحقاق في بعض شائع في النصيبين. [البنية ٥٤٧/١٠] ينعدم معنى القسمة إلخ: أما فيما ظهر فيها الاستحقاق فظاهر، وكذلك في نصيب الآخر؛ لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً، بخلاف المعين؛ لأن باستحقاق بعض معين يبقى الإفراز فيما وراء ذلك البعض. [الكفاية ٣٧٤/٨-٣٧٥] لا ينعدم إلخ: لأنه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر. [البنية ٥٤٧/١٠]

بأن كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث، والنصف المؤخر بينهما لا شركة
 لغيرهما فيه، فاقسما على أن لأحدهما ما لهما من المقدم، وربع المؤخر يجوز، فكذا
 في الانتهاء، وصار كاستحقاق شيء معين، بخلاف الشائع في النصيين؛ لأنه لو
 بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيين، أما ههنا فلا ضرر بالمستحق
 فافترقا، وصورة المسألة: إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار، والآخر الثلثين من
 المؤخر، وقيمتها سواء، ثم استحق النصف المقدم، فعندهما إن شاء نقض القسمة
 دفعاً لعب التشقيص، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر؛ لأن لو
 استحق كلّ المقدم رجع بنصف ما في يده، فإذا استحق النصف رجع بنصف
 النصف، وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل أيضاً.

وقيمة مائة وخمسون

بأن كان النصف: أي لواحد منهم نصف، والنصف الآخر بين اثنين على السوية، والمؤخر بين هذين
 الاثنين على السوية أيضاً، فاقسم الاثنان على أن يأخذ نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف
 المؤخر، ويأخذ الآخر ما بقي من ذلك، وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر، فيكون لكل واحد منهما
 ثلاثة أثمان جميع الدار؛ لأن حقهما بعد نصيب الثالث سبعة أرباع جميع الدار، وما لا يمنع ابتداء القسمة
 لا يمنع بقاءها بالطريق الأولى. [الكفاية ٣٧٥/٨-٣٧٦]

كاستحقاق شيء إلخ: أي في عدم انتفاء معنى الإفراز. (البنية) بخلاف الشائع إلخ: جواب عما قال
 أبو يوسف رحمه الله: كما إذا استحق بعض شائع في النصيين. (البنية) فافترقا: أي الحكمان في المقيس
 والمقيس عليه في النصيين؛ لأنه يحتاج إلى قسمة في يد كل واحد منهما، فتفرق نصيبه. [البنية ٥٤٨/١٠]
 وقيمتها سواء: بأن يكون قيمة الدار ألفاً ومائتي درهم مثلاً، وقيمة الثلث المقدم ست مائة درهم، وقيمة
 ما بقي مثله. رجع بنصف النصف: فيصير في يد كل من الشريكين أربع مائة وخمسون درهماً، والمجموع
 تسع مائة، وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين.

ولو باع صاحب المقدم نصفه، ثم استحقّ النصف الباقي شائعاً رجع برّبع ما في يد الآخر عندهما؛ لما ذكرنا، وسقط خياره ببيع البعض، وعند أبي يوسف ^{رحمته} ما في يد صاحبه بينهما نصفان، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه؛ لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه، وهو مضمون بالقيمة، ^{بعد الاستحقاق} فيضمن نصف نصيب صاحبه. قال: ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط: ^{لا اتصال القبض} ^{النصف المقدم} رُدَّت القسمة؛ لأنه ^{الدين} يمنع وقوع الملك للوارث، وكذا إذا كان غير محيط؛ لتعلق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسّم؛ لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم. ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة، ^{الميت}

ولو باع صاحب إلخ: ذكره تفریعاً على مسألة "القدوري"، أي ولو باع صاحب المقدم النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما. [البنایة ٥٤٩/١٠] لما ذكرنا: يعني من قوله: "لأنه لو استحق كل المقدم، ورجع بنصف ما في يده" إلى قوله: "اعتباراً للجزء بالكل". [العناية ٣٧٥/٨] والمقبوض إلخ: جواب عما يقال: ينبغي أن ينقض البيع؛ لأنه بناء على القسمة الفاسدة، والبناء على الفاسد فاسد، ووجهه: أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة، وإذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك، فنفذ البيع فيه، وهو مضمون بالقيمة؛ لتعذر الوصول إلى عين حقه لمكان البيع، فيضمن نصف نصيب صاحبه. [العناية ٣٧٦/٨] فيضمن نصف إلخ: لتعذر الوصول إلى عين حقه لمكان البيع، فيضمن نصف صاحبه. [البنایة ٥٥١/١٠] قال ولو وقعت إلخ: ذكر هذه المسألة تفریعاً على مسألة "القدوري"، وهي من مسائل "الأصل"، ولكن كان ينبغي أن لا يذكر في أول المسألة لفظ قال؛ لأنه لم يذكر هذه المسألة في "البنایة". (البنایة) لأنه يمنع: حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد، وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق عليه. [العناية ٣٧٦/٨] ولو أبرأه الغرماء إلخ: أي وكذا لا يرد القسمة؛ لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة إذا أبرأ الميت غرماءه بعد القسمة. [البنایة ٥٥٣/١٠]

أو أداه الورثة من مالهم، والدين محيط، أو غير محيط: جازت القسمة؛ لأن المانع ^{الدين} قد زال. ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً ^{على الميت} في التركة صحَّ دعواه؛ لأنه لا تناقض؛ إذ ^{بعد القسمة} ^{في الدعوى} الدين يتعلق بالمعنى، والقسمة تصادف الصورة، ولو ادعى عيناً بأي سبب كان لم يسمع؛ ^{بمالية التركة} ^{النصب أو الإجارة} للتناقض؛ إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً.

فصل في المهايأة

المهايأة جائزة استحساناً للحاجة إليه؛ إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع، ^{فعل المهايأة}

المانع قد زال: بخلاف ما إذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة، وقالت الورثة: نحن نقضي حقهما، فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث أو الموصى له؛ لأن حقهما في عين التركة، فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما. [العناية ٣٧٦/٨] في التركة: قيد بقوله: ديناً؛ لأنه لو ادعى عيناً من أعيان التركة بأي سبب كان بالشراء والهبة أو غيرهما، فلا يقبل دعواه كما يجيء عن قريب. [البناء ٥٥٣/١٠]

صح دعواه: ولقائل أن يقول: إن لم تكن دعوى باطلة لعدم التناقض، فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صحت كان له أن ينقض القسمة، وذلك سعي في نقض ما تم من جهته، والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة، فلا يلزم ذلك. [العناية ٣٧٧/٨] في المهايأة: لما ذكر قسمة الأعيان شرع بقسمة الأعراض، وهي لغة: مشتقة من الهيئة وهي: الحالة الظاهرة للمتشيء للشيء، ومنه التهاؤ، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وفي الحقيقة: أن يتواضعوا بهية واحدة، يعني الشريك منتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الآخر، وقد تبدل الهمزة ألفاً، في عرف الفقهاء هي قسمة المنافع. [البناء ٥٥٤/١٠]

جائزة استحساناً: وأما القياس فيأبى جواز المهايأة؛ لأنها مبادلة المنفعة بجنسها، إذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته، ولكننا تركنا القياس، وجوزناها بقوله تعالى: ﴿لَيْسَ لَهَا شِرْكٌ وَلَكُمْ شِرْكُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾. (النهاية)

يتعذر الاجتماع إلخ: أي يتعذر الاجتماع على عين واحد في الانتفاع بها، فكانت المهايأة جمعاً للمنافع في زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشائع في مكان معين، فجرت المهايأة مجرى القسمة.

فأشبه القسمة، ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة، إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة؛ لأنه جمع المنافع في زمان واحد، والتهايؤ جمع على التعاقب، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة ^{القسمة} يُقسِم القاضي؛ لأنه لكون القسمة أقوى ^{تكميل المنفعة} أبلغ في التكميل، ولو وقعت فيما يحتمل القسمة، ثم طلب أحدهما القسمة، يُقسِم، وتبطل المهايأة؛ لأنه أبلغ، ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما؛ لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم، فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف. ولو قماينا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفةً وهذا طائفةً، أو هذا علوها وهذا سفليها: جاز؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة، فكذا المهايأة، والتهايؤ في هذا الوجه إفرازٌ لجميع الأنصباء ^{تقسيم النواحي} لا مبادلة، ولهذا لا يُشترط فيه التأقيت، ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يُشترط؛ لحدوث المنافع على ملكه.

ولهذا يجري إلخ: أي إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره يجبره القاضي كما يجري أي في القسمة عند اتحاد الجنس. (البنية) على التعاقب: يعني يقع شيء منها عقيب شيء. [البنية ٥٥٦/١٠] لاستأنفه الحاكم: لجواز أن يطلب الورثة المهايأة. [العناية ٣٧٨/٨] في هذا الوجه: إنما قيد بقوله: في هذا الوجه، وهو أن يسكن هذا في جانب من الدار، ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد؛ لأنه إذا اتحد زمان الاستيفاء يجعل إفرازاً لا مبادلة؛ لأنهما إذا قماينا مكانين في زمان واحد يتحقق معنى الإفراز، وأما إذا كان التهايؤ في زمانين في مكان واحد لا يمكن جعله إفرازاً، بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض عن الآخر في نوبته، فكان مبادلة لا إفرازاً. [الكفاية ٣٧٩/٨] لا مبادلة: لأنه لو كان مبادلة لما صح؛ لأنهما لا تجوز في الجنس الواحد؛ بشبهة الربا. ولهذا: إيضاح أنه إفراز؛ لأنه لو كان مبادلة لا يشترط التأقيت، كما في الإجارة؛ لأنه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض، فيلتحق بالإجارة حينئذ، فيشترط التأقيت. [الكفاية ٣٨٠/٨] ولكل واحد: ابتداء كلام لنفي قول من يقول: إنهما إذا قماينا، ولم يشترط الإجارة في أول العقد لم يملك أحدهما أن يستغل ما أصابه. [العناية ٣٧٩/٨]

ولو تهايئا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً: جاز، وكذا هذا في البيت الصغير؛ لأن المهايأة قد تكون في الزمان، وقد تكون من حيث المكان، والأول متعين ههنا، ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما: يأمرهما القاضي بأن يتفقا؛ لأن التهايو في المكان أعدل، وفي الزمان أكمل، فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق. فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيًا للتهمة، ^{تطبيها لقلوبهما} ولو تهايئا في العبدین على أن يخدم هذا العبد، والآخر الآخر: جاز عندهما؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي وبالتراضي، فكذا المهايأة، وقيل: عند أبي حنيفة رحمته الله لا يقسم القاضي، وهكذا روي عنه؛ لأنه لا يجري فيه الجبر عنده، ^{أي حنيفة لا اختلاف الجنس} والأصح: أنه يقسم القاضي عنده أيضاً؛ لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، ^{لاتحاد الجنس}

في عبد واحد: واحترز بالعبد الواحد على التهايو على علة العبد الواحد؛ فإنه لا يجوز بالاتفاق. [البنية ٥٥٨/١٠] متعين ههنا: أي معنى التهايو في الزمان متعين في البيت الصغير، ولم يذكر أن هذا إفراز أو مبادلة. (البنية) في محل يحتملهما: كالدار مثلاً بأن يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها، وصاحبه في مؤخرها، والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهراً، وصاحبه شهراً آخر. [العناية ٣٨٠/٨] أعدل: لأن كل واحد منهما ينتفع في زمان واحد. (الكفاية) أكمل: لأنه ينتفع بجميع الدار. [الكفاية ٣٨٠/٨] فإن اختاراه من إلخ: إنما قيد الاختيار من حيث الزمان ولم يطلق؛ لأن التسوية في المكان ممكن في الحال، بأن يسكن هذا بعضها والآخر بعضها، أما التسوية من حيث الزمان، فلا يمكن إلا أن تمضي مدة أحدهما، ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة، فيقرع نفيًا للتهمة، وتطبيهاً للقلوب. [الكفاية ٣٨٠/٨-٣٨١] عندهما: أي عند أبي يوسف ومحمد رحمتهما الله، وبه قالت الثلاثة. (البنية) وقيل إلخ: أي قال بعض المشايخ عنه، فكذا على قياس قوله. (البنية) قلما تتفاوت: لأن الاستخدام مما لا يدوم أنه مبني على المساهمة والمساهلة، فيكون منافع العبد متقاربة. [البنية ٥٦٠/١٠]

بخلاف أعيان الرقيق؛ لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم. ولو تهايتا فيهما ^{في القسمة} على أن نفقة كل عبد على من يأخذه: جاز استحساناً للمسامحة في إطعام المماليك، ^{العبد} بخلاف شرط الكسوة؛ لأنه لا يسامح فيها، ولو تهايتا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما داراً: جاز، ويجبر القاضي عليه، أما عندهما فظاهر؛ لأن الدارين عندهما ^{بالاتفاق} كدار واحدة، وقد قيل: لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة. وعن أبي حنيفة ^{هو قول الكرخي} أنه لا يجوز التهايت فيهما أصلاً بالجبر؛ لما قلنا، وبالتراضي؛ لأنه بيع السكنى بالسكنى، بخلاف قسمة رقبتهما؛ لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز. وجه الظاهر: أن التفاوت يقل في المنافع، فيجوز بالتراضي، ويجري فيه جبر القاضي، ويعتبر إفرازاً، ^{كأنها جنس واحد المهايأة} أما التفاوت فيكثر في أعيانها فاعتبر مبادلة، وفي الدابتين لا يجوز التهايت على الركوب عند أبي حنيفة ^{أبي حنيفة}، وعندهما: يجوز اعتباراً بقسمة الأعيان. وله: أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين، فإنهم بين حاذق وأخرق،

للمسامحة إلخ: لأن العادة جرت بالمسامحة في إطعام المماليك، فلا يفضي الجهالة إلى المنازعة. أما عندهما فظاهر: أي أما عند أبي يوسف ومحمد ^{عليهما السلام} فظاهر. (البنية) اعتباراً بالقسمة: فإن في القسمة ههنا ليس بجبر لاختلاف الأجناس. أصلاً: أي لا بطريق الجبر ولا بطريق التراضي، أما بالجبر؛ فلما قلنا: وهو قوله: اعتباراً بالقسمة بالتراضي؛ لأنه بيع السكنى بالسكنى، وهو غير جائز على ما مر في الإجازات، وجواب ظاهر الرواية عن هذا: ما ذكر أن الحرمة عند وجود أحد وصفي علة الربا ثابتة بالنص، بخلاف القياس، والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه، وهو البيع، والمهايأة إفراز من وجه مبادلة من وجه، فيعمل فيها بقضية القياس. [الكفاية ٣٨٢/٨-٣٨٣] وجه الظاهر: وهو أن يجبر القاضي عليه عند أبي حنيفة. (البنية) فاعتبر مبادلة: فلا يجري فيه الجبر، بخلاف الإفراز. (البنية) يجوز اعتباراً: فكما يجوز قسمة الدواب من جنس واحد رقبة، فكذا يجوز منفعة. [البنية ٥٦٢/١٠]

والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف؛ لما قلنا، بخلاف العبد؛ لأنه ^{بحسب الزمان}
يخدم باختياره، فلا يتحمل زيادة على طاقته، والدابة تحملها، وأما التهايؤ في الاستغلال ^{الزيادة على الطاقة} ^{طلب الغلة}
يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية، وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز. ^{بالاتفاق}
ووجه الفرق: أن النصيين يتعاقبان في الاستيفاء، والاعتدال ثابت في الحال، والظاهر ^{حال الاستغلال} ^{بين الشريكين}
بقاؤه في العقار، وتغيره في الحيوانات؛ لتوالي أسباب التغير عليها، فتفوت ^{الاعتدال} ^{الاعتدال} المعادلة،
ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة، ليتحقق ^{في الدار الواحدة} ^{الغلة التي يكون}
التعديل، بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع، فاستغل أحدهما في نوبته زيادة؛ ^{فلا شركة}
لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل، وهو المنافع، فلا تضره زيادة الاستغلال
من بعد، والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز أيضاً في ظاهر الرواية؛ لما بينا.
ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه، بخلاف الدار الواحدة، ^{في نوبة أحد}

على هذا الخلاف: أي الخلاف المذكور، فعنده لا يجوز خلافاً لهما. (البنية) لما قلنا: أشار به إلى قوله:
أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين. (البنية) بخلاف العبد: أي بخلاف التهايؤ في خدمة العبد حيث
يجوز. [البنية ٥٦٣/١٠] ووجه الفرق: يعني بين جواز التهايؤ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه
في العبد الواحد، الدابة الواحدة. (العناية) فتفوت المعادلة: لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال، والظاهر
أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول؛ لأن القوى الجسمانية متناهية. [العناية ٣٨٢/٨]
فلا تضره: لأن بالتفاوت في الغلة لا يتبين فوات المعادلة في المنافع، فإن الشيعين قد يستويان ثم يختلفان في
البذل عند العقد. على الاستغلال: بأن يستغل هذا داراً، هذا داراً أخرى. في ظاهر الرواية: احتراز عما
روي عن أبي حنيفة رحمته الله في "الكيسانيات": أنه لا يجوز؛ لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين، وهي عنده في
الدارين لا تجوز؛ للتفاوت. [العناية ٣٨٢/٨] لما بينا: أشار به إلى قوله: والاعتدال ثابت في الحال
إلخ. (البنية) بخلاف الدار الواحدة: حيث يشتركان في الفاضل في غلة الدار الواحدة. [البنية ٥٦٥/١٠]

والفرق: أن في الدارين معنى التمييز والإفراز راجح، لاتحاد زمان الاستيفاء، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول، فاعتبر قرضاً، وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه، فلهذا يردّ عليه حصته من الفضل، وكذا يجوز في العبدین عندهما اعتباراً بالتهايؤ في المنافع، ولا يجوز عنده؛ لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه ^{بجوز} من حيث الزمان في العبد الواحد، فأولى أن يمتنع الجواز، والتهايؤ في الخدمة جواز ضرورة، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها؛ لكونها عيناً؛ ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة، والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان.

لاتحاد زمان إلخ: يعني أن كل واحد منهما يصل إلى المنافع والغلة في الوقت الذي يصل إليه صاحبه. [البنية ٥٦٥/١٠] فاعتبر قرضاً: أي اعتبر نصيب صاحبه من الغلة قرضاً، ويكون هو مستقرضاً. (البنية) وكذا يجوز إلخ: أي وكذا يجوز التهايؤ في استغلال العبدین عند أبي يوسف ومحمد، وبه قالت الثلاثة. (البنية) في المنافع: أي قياساً على التهايؤ في المنافع في العبدین. [البنية ٥٦٦/١٠] أكثر منه: [لأنه قد يكون في أحدهما كياسة وحذاق] ولياقة، فيحصل في شهر واحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر، ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق، ففي استغلال العبدین أولى أن لا يجوز. (العناية) فأولى أن يمتنع إلخ: عورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدین؛ لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه، فكان كالمهاياة في الخدمة. وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز، بخلاف الخدمة؛ لما بينا من وجه، الأصح: أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت. [العناية ٣٨٣/٨] في الخدمة: جواب عن قولهما: اعتباراً بالتهايؤ في المنافع. [الكفاية ٣٨٣/٨] ضرورة: تقريره: أن المهاياة في الخدمة جوزت ضرورة؛ لأن المنافع لا تبقى، فيتعذر قسمتها على ما يفسرها المصنف عن قريب. (البنية) لإمكان قسمتها: فيستغلان على طريق الشركة، ثم يقتسمان ما حصل من الغلة. [البنية ٥٦٦/١٠-٥٦٧] ولأن الظاهر: وجه آخر لإبطال القياس. [البنية ٥٦٧/١٠] فلا يتقاسان: يعني ولا يقاس أحدهما على الآخر. [البنية ٥٦٧/١٠]

ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما، والوجه ما بيناه في الركوب. ولو كان نخل،
أو شجر، أو غنم بين اثنين، فتهايتا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها^{التهات}
أو يرعاها، ويشرب ألبانها: لا يجوز؛ لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر
قسمتها، وهذه أعيان باقية تُردُّ عليها القسمة عند حصولها، والحيلة أن يبيع حصته^{الشر واللبن}
من الآخر، ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته، أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً^{في الجواز من الغنم أو الشجر}
لنصيب صاحبه؛ إذ قرض المشاع جائز، والله أعلم بالصواب.
إلى أجل معلوم

في الركوب: وهو قوله: اعتباراً بقسمة الأعيان. (البنية) يستثمرها: أي يأخذ ثمرها نماء في النخل
والشجر. (البنية) ثم يشتري كلها: أي كل الشجر أو الغنم، فيجعل لكل واحد منهما ما تناوله؛ لأنه
حصل الثمر أو اللبن على ملك المشتري. [البنية ١٠/٥٦٨] أو ينتفع باللبن: من الحليب كل يوم إلى مدة
معلومة إذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن مثل تلك المدة، بعضه من نصيب نفعه في هذه المدة، وبعضه مما
افترضه في المدة الماضية، ولكن ينبغي أن يزن اللبن، أو يكيّله في المدة حتى يتحقق المساواة في الاستيفاء،
ولا يكون الربا؛ لأن اللبن يزيد وينقص في المدة، وكذا المهايأة. [البنية ١٠/٥٧٠]

كتاب المزارعة

قال أبو حنيفة رحمته الله: المزارعة بالثلث والرابع باطلة، اعلم أن المزارعة لغة: مُفاعلة من الزرع، وفي الشريعة: هي عقد على الزرع ببعض الخارج، وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمته الله. وقالوا: هي جائزة؛ لما روي: "أن النبي صلوات الله عليه عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع"،* ولأنه عقد شركة بين المال والعمل، فيجوز؛ اعتباراً بالمضاربة. والجامع دفع الحاجة،

كتاب المزارعة: قال الشراح: لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها. [البنية ٥٧٠/١٠] بالثلث: وكذا بالخمس والسنس وغير ذلك من المقادير. (الكفاية) وإنما قيد بالثلث والرابع؛ لتبيين محل النزاع؛ لأنه لو لم يعين أصلاً، أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع. [العناية ٣٨٤/٨] مفاعلة من الزرع: هي تقتضي فعلاً من الجانبين كالمناظرة والمقابلة، وفعل الزرع يوجد من أحد الجانبين، وإنما سمي بها بطريق التغليب كالمضاربة مفاعلة من الضرب. [الكفاية ٣٨٤/٨] وهي فاسدة إلخ: والحيلة للحواز عنده أن يستأجر العامل بأجر معلوم إلى مدة معلومة، فإذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عوضاً عما وجب له من الأجر في ذمة صاحب البذر، فيجوز ذلك بتراضيهما كما في سائر الديون. اعتباراً بالمضاربة: فإنه أيضاً عقد شركة بين المال والعمل من المضارب. [البنية ٥٧٣/١٠] دفع الحاجة: فإن الإنسان قد يكون له أرض المزارعة، ولا يهتدي إليها، وقد يكون مهتدياً، ولا يكون له أرض، فتثبت الحاجة إلى انعقادها؛ لينتظم مصلحتهما، ويحصل مقصودهما من الربح كما في المضاربة، فإن ذا المال لا يهتدي إلى العمل، والقوي عليه لا يجد المال، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما. [الكفاية ٣٨٤/٨]

* أخرجه الجماعة إلا النسائي. [نصب الراية ١٧٩/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره أن النبي صلوات الله عليه عامل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع. [رقم: ٢٣٢٨، باب المزارعة بالشطر ونحوه]

فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل، والقويُّ عليه لا يجد المال أليست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما، بخلاف دفع الغنم، والدجاج ودود القزِّ معاملةً بنصف الزوائد؛ لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها، فلم تتحق شركة. وله: ما روي أنه عليه السلام هي عن المخابرة، وهي المزارعة،* ولأنه استتجار ببعض ما يخرج من عمله، فيكون في معنى قفيز الطَّحَّان؛ ولأن الأجر مجهول أو معدوم، وكلُّ ذلك مفسد، ومعاملة النبي عليه السلام

بنصف الزوائد: أي بنصف الأولاد والإبريسم، فإن تلك الزائد تتولد من العين، ولا أثر لعمل الراعي والحافظ فيها، وإنما تحصل الزيادة بالعلف والسقي، والخبوان يباشرهما بإختياره، فلم تتحقق شركة. [الكفاية ٣٨٤/٨] لا أثر هناك: فأما ههنا، فلعمل المزارع تأثير في تحصيل الخارج. (الكفاية) هناك إلخ: يعني لأنه تخلل فعل فاعل مختار، وهو أكل الحيوان، فيضاف إليه، وإذا كان مضافاً إليه لا يضاف إلى غيره، وهو العامل، فلم تتحقق فيه الشركة. [العناية ٣٨٥/٨] وهي المزارعة: من الخير، وهو الإكثار لمعالجته الخير، وهي الأرض الرخوة، وقيل: من الخبرة، وهي النصيب. [الكفاية ٣٨٥/٨]

ولأنه استتجار إلخ: والدليل على أنه استتجار هو أنه لا يصح بدون ذكر المدة، وذلك من خصائص الإيجارات، فكان هذا استتجاراً ببعض ما يخرج منه، فيكون في معنى قفيز الطحان، وقد هي النبي عليه السلام عن قفيز الطحان، وهو أن يستأجر رجلاً ليطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها. [الكفاية ٣٨٥/٨] الأجر مجهول: على تقدير وجود الخارج، فإنه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة، أو أقل منه أو أكثر، أو معدوم على تقدير عدم الخارج. (العناية) وكل ذلك مفسد: أي كل واحد من العلتين من [جهالة الأجر أو عدمها] مفسد للإجارة. [البنية ٥٧٥/١٠] ومعاملة النبي إلخ: ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة؛ لظهور فساده، فإن من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي إلى فرع، هو نظيره، وههنا ليس كذلك؛ لأن معنى الإجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة، بخلاف المضاربة. [العناية ٣٨٥/٨]

* روي من حديث جابر، ومن حديث رافع بن خديج. [نصب الراية ١٨٠/٤] أخرجه مسلم في "صحيحه" عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ هي عن المخابرة والمحاولة والمزانية. [رقم: ١٥٣٦، باب النهي عن المحاولة والمزانية]

أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح، وهو جائز. وإذا فسدت عنده،
 فإن سقي الأرض وكربها ولم يخرج شيء منه: فله أجر مثله؛ لأنه في معنى إجارة
 فاسدة، وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض، وإن كان البذر من قبله، فعليه
 أجر مثل الأرض، والخارج في الوجهين لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه، وللآخر
 الأجر كما فصلنا، إلا أن الفتوى على قولهما؛ لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل
 الأمة بها، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع. ثم المزارعة لصحتها على
 قول من يميزها شروط: أحدها: كون الأرض صالحة للزراعة؛

كان خراج مقاسمة: الخراج على نوعين: خراج وظيفة، وخراج مقاسمة، فالوظيفة: هو أن يوظف الإمام كل
 سنة على مال كما صالح النبي ﷺ مع أهل نجران على أن يؤدوا كل سنة ألفاً ومائتي حلة ستمائة في محرم،
 وستمائة في رجب، والمقاسمة: هي أن يقسم الإمام ما يخرج من الأرض كما صالح النبي ﷺ مع أهل خيبر على
 أن ما يخرج من أراضيهم نصفه للنبي ﷺ ونصفه لأهلها كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله في زكاة "الجامع الصغير"،
 وليس في هذا الحديث حجة لمن جوز المزارعة؛ لأن ذلك على سبيل المصالحة. [الكفاية ٣٨٥/٨]
 بطريق المن إلخ: لأنه لو أخذ الكل جاز؛ لأنه ﷺ ملكها غنيمة، فكان ما ترك في أيديهم فضلاً، ولم يبين
 مدة معلومة، وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح إلا ببيان مدة معلومة. (العناية) وهو جائز: أي خراج
 المقاسمة بطريق المن والصلح. [العناية ٣٨٥/٨] في الوجهين: يعني فيما إذا كان البذر من قبل العامل، وفيما
 إذا كان من قبل رب الأرض. (العناية) لأنه نماء ملكه: منقوض عن غصب بذراً فزرعه، فإن الزرع له وإن
 كان نماء ملك صاحب البذر، وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله، فكان إضافة الحادث
 إلى عمله أولى، والمزارع عامل بأمر غيره، فيجعل العمل مضافاً إلى الأمر. [العناية ٣٨٦/٨]
 كما فصلنا: إشارة إلى قوله: وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض إلخ. [العناية ٣٨٦/٨]
 كما في الاستصناع: أي كما ترك القياس في الاستصناع لتعامل الناس به. [البنية ٥٧٨/١٠]
 القياس يترك بالتعامل، ولكن النص لا يترك بذلك؛ لأن التعامل إجماع عملي، والإجماع لا ينسخ به
 الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الأصول. [نتائج الأفكار ٣٨٦/٨]

لأن المقصود لا يحصل بدونه. والثاني: أن يكون ربُّ الأرض والمزارعُ من أهل العقد، وهو لا يختص به؛ لأن عقداً ما لا يصحُّ إلا من الأهل. والثالث: بيان المدة؛ لأنه عقد على منافع الأرض، أو منافع العامل، والمدة هي الميعار لها لتعلم بها. والرابع: بيان مَنْ عليه البذر؛ قطعاً للمنازعة، وإعلاماً للمعقود عليه، وهو منافع الأرض أو منافع العمل. والخامس: بيان نصيب مَنْ لا بذر من قبله؛ لأنه يستحقه عوضاً بالشرط، فلا بد أن يكون معلوماً، وما لا يُعلم لا يُستحق شرطاً بالعقد. والسادس: أن يُخلِّي ربُّ الأرض بينها وبين العامل، حتى لو شرطَ عملَ ربِّ الأرض يفسدُ العقد؛ لفوات التحلية. والسابع: الشركة في الخارج بعد حصوله؛ لأنه ينعقد شركة في الانتهاء، فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد.

لا يحصل بدونه: أي دون كون الأرض صالحة للزراعة. (البنية) من أهل العقد: بأن يكون بالغاً، عاقلاً، قادراً على التصرفات. [البنية ٥٧٩/١٠] بيان المدة: وفي "الذخيرة": ومن الشرائط بيان المدة بأن يقول: إلى سنة، أو سنتين، أو ما أشبه ذلك، وإن بين وقتاً لا يتمكن فيه من الزراعة فسدت المزارعة، فصار ذكره وعدم ذكره سواء، وكذلك إذا بين مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالباً؛ لأنه يصير في معنى اشتراط العقد إلى ما بعد الموت. (الكفاية) منافع الأرض: أي إذا كان البذر من قبل العامل. [الكفاية ٣٨٦/٨] منافع العامل: أي إذا كان البذر من قبل رب الأرض. (الكفاية) هي الميعار: بمنزلة الكيل أو الوزن. [العناية ٣٨٦/٨] وإعلاماً للمعقود إلخ: فإن البذر إن كان من قبل العامل، فالمعقود عليه منفعة الأرض، وإن كان من قبل رب الأرض، فالمعقود عليه منفعة العامل، ولا بد من بيان المعقود عليه؛ لأن جهالته تؤدي إلى المنازعة بينهما. (الكفاية) في الخارج: يعني ينبغي أن لا يشترط فيه مقدار معين لأحدهما؛ إذ يجوز أن لا يخرج من الأرض إلا ذلك القدر، فلم تبق شركة على ذلك التقدير، ومن شرطها: بقاء الشركة. [الكفاية ٣٨٧/٨] كان مفسداً إلخ: لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم. [العناية ٣٨٧/٨]

والثامن: بيان جنس البذر؛ ليصير الأجر معلوماً. قال: وهي عندهما على أربعة أوجه: إن كانت الأرض والبذر لواحد، والبقر والعمل لواحد: جازت المزارعة؛ لأن البقر آلة العمل، فصار كما إذا استأجر خياطاً لينحيط بإبرة الخياط. وإن كانت الأرض لواحد، والعمل والبقر والبذر لواحد: جازت؛ لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج، فيجوز كما استأجرها بدراهم معلومة. وإن كانت الأرض والبذر كالنصف والثلث والبقر لواحد، والعمل من الآخر: جازت؛ لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر، فصار كما إذا استأجر خياطاً لينحيط ثوبه بإبرته، أو طيئناً لطيين بمره. وإن كانت الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل لآخر: فهي باطلة، وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف رحمته الله: أنه يجوز أيضاً؛ لأنه لو شرط البقر والبذر عليه يجوز، رب الأرض

جنس البذر: وجه القياس ليصير الأجر معلوماً؛ إذ هو جزء من الخارج، فلا بد من بيانه؛ ليعلم أن الخارج من أي نوع، ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى؛ لأنه ربما يعطي بذراً لا يحصل الخارج به إلا بعمل كثير، وفي الاستحسان: بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط. [العناية ٣٨٧/٨] وهي عندهما إلخ: المراد المزارعة المستعملة بين الناس لا المزارعة الصحيحة؛ لأنها على ثلاثة أوجه، ولا الفاسدة؛ لأنها كذلك على ثلاثة أوجه، ولا مطلق المزارعة؛ لأنها على ستة أوجه. [الكفاية ٣٨٧/٨] استأجر خياطاً: كان الأجر كله بإزاء الخياطة دون الإبرة، فكذا ههنا يكون الخارج بإزاء العمل دون البقر، فلم يصير مستأجر البقر ببعض الخارج، فيصح. [الكفاية ٣٨٧/٨-٣٨٨] استئجار الأرض: أي لأن هذا الوجه استئجار الأرض ببعض معلوم؛ لأن رب البذر استأجر الأرض بجزء معلوم من الخارج. [البنية ٥٨٣/١٠] لأنه لو شرط: قال في "العناية": ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب، لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز، فكذا إذا شرط البقر وحده، وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه. والجواب: أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعه للتجانس، وضعف جهة البقر معهما، فكان استئجاراً للعامل، وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه. [نتائج الأفكار ٣٩٠/٨]

فكذا إذا شرط وحده، وصار كجانب العامل. وجه الظاهر: أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض؛ لأن منفعة الأرض قوة في طَبْعها يحصل بها النماء، ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل، كل ذلك بخلق الله تعالى، فلم يتجانسا، فتعذر أن تُجعل تابعة لها، بخلاف جانب العامل؛ لأنه تجانست المنفعتان، فجعلت تابعة لمنفعة العامل، وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما: أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر: فإنه لا يجوز؛ لأنه يتم شركة بين البذر والعمل، ولم يرد به الشرع. والثاني: أن يجمع بين البذر والبقر، وأنه لا يجوز أيضاً؛ لأنه لا يجوز عند الانفراد، فكذا عند الاجتماع،

كجانب العامل: فإنه لما جاز أن يكون البذر مع البقر مشروطاً على العامل جاز أن يكون البقر مشروطاً عليه بدون البذر. فلم يتجانسا: أي منفعة الأرض ومنفعة البقر؛ لأنهما مختلفتان. [البنية ٥٨٥/١٠] والضابطة في معرفة التجانس ما فهم من كلامه: وهو أن ما صدر فعله من القوة الحيوانية فهو جنس، وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر. فتعذر إلخ: أي إذا كان كذلك تعذر جعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الأرض، فلما لم يجعل تابعة كان استحقاق منفعة البقر مقصوداً في الزراعة، وهذا لا يجوز، كما لو كان من أحدهما البقر وحده، والباقي من الآخر حيث لا يجوز بالاتفاق. [البنية ٥٨٥/١٠]

جانب العمل: جواب عن قوله: كجانب العمل يعني: القياس فاسد. (البنية) تجانست المنفعتان: لأن البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل. [الكفاية ٣٩٠/٨] لا يجوز: وعن أبي يوسف رحمته الله أنه يجوز للتعامل. يتم شركة: لأن صاحب البذر مستأجر للأرض، والتخلية بين المستأجر والمستأجر شرط، فأنعدمت التخلية ههنا؛ لأن الأرض تكون في يد العامل. [البنية ٥٨٧/١٠] ولم يرد إلخ: أي لم يرد بجوازه دليل الشرع من نص أو إجماع أو قياس، فيبقى على أصل الحرمة.

أن يجمع إلخ: بأن يكون البذر والبقر من أحدهما، والباقي من الآخر. (البنية) عند الانفراد: يعني إذا كان البذر وحده من جانب، والبقر وحده من جانب. [البنية ٥٨٨/١٠]

والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية؛ اعتباراً بسائر المزارعات الفاسدة، وفي رواية: لصاحب الأرض، ويصير مستقرضاً للبذر قابضاً له؛ لاتصاله بأرضه. قال: ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة؛ لما بينا، وأن يكون الخارج شائعاً ^{القدوري} بينهما؛ تحقيقاً لمعنى الشركة، فإن شرطاً لأحدهما قفزاناً مسمّاة: فهي باطلة؛ لأن به ^{هذا الشرط} تنقطع الشركة؛ لأن الأرض عساها لا تُخرج إلا هذا القدر، فصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة، وكذا إذا شرطاً أن يرفع صاحب البذر بذراً، ويكون ^{فالمضاربة فاسدة} الباقي بينهما نصفين؛ لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين، أو في جميعه، بأن لم يخرج إلا قدر البذر، فصار كما إذا شرطاً رفع ^{من الأرض} الخراج والأرض خراجية، وأن يكون الباقي بينهما؛ لأنه ^{بعد رفع الخراج} معين، بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر، والباقي بينهما؛ لأنه معين مشاع، فلا يؤدي إلى قطع الشركة كما إذا شرطاً رفع ^{فإنه يجوز} العشر وقسمة الباقي بينهما، والأرض عشرية.

في الوجهين: والوجهان مذكرهما، فأحدهما: أن يكون البذر لأحدهما والباقي للآخر، والثاني: أن يكون البذر والبقر لأحدهما والباقي للآخر. [الكفاية ٣٩٠/٨] قابضاً له إلخ: وهذا في الحقيقة جواب إشكال، وهو أن القرض يشترط فيه القبض ولا قبض ههنا، فأجاب بأن اتصال البذر بأرضه كالقبض. [البنية ٥٨٨/١٠] لما بينا: يعني قوله في بيان شروطها: والثالث بيان المدة؛ لأنه عقد على منافع الأرض إلخ. [العناية ٣٩١/٨] رفع الخراج: أي والأرض خراجية، والخراج خراج وظيفة، بأن يكون دراهم مسمّاة بحسب الخارج، وقفزاناً معلومة، وأما إذا كان خراج مقاسمة، وهو جزء من الخارج مشاعاً، نحو: الثلث أو الربع، فإنه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط. [العناية ٣٩١/٨] فلا يؤدي إلخ: لأنه توهم قطع الشركة، فإن ما من خارج إلا وله عشر، فبقي الشركة في الباقي. [البنية ٥٩٠/١٠]

قال: وكذلك إن شرطاً ما على المأذيات والسواقي، معناه: لأحدهما؛ لأنه إذا ^{القدوري لا يجوز} شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة؛ لأنه لعله لا يخرج إلا ^{الزرع} من ذلك الموضع، وعلى هذا إذا شرطاً لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة، ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى. وكذا إذا شرطاً: لأحدهما التبن، وللآخر الحب؛ لأنه عسى أن تصيبه آفة فلا ينعد الحب، ولا يخرج إلا التبن، وكذا إذا شرطاً: التبن نصفين، ^{الزرع لا يجوز} والحب لأحدهما بعينه؛ لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب، ولو شرطاً الحب نصفين، ولم يتعرضا للتبن: صحت؛ ^{المزارعة} لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود. ثم التبن يكون لصاحب البذر؛ لأنه نماء بذره، وفي حقه لا يحتاج إلى ^{صاحب البذر} الشرط، والمفسد هو الشرط، وهذا سكوت عنه. وقال مشايخ بلخ ^{رحمهم الله}: التبن بينهما أيضاً؛ اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان، ولأنه تبّع للحب،

على المأذيات: جمع المأذيان، وهو أصغر من النهر، وأعظم من الجدول، فارسي معرب، وقيل: ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الأرض، والسواقي جمع ساقية: وهي فوق الجدول ودون النهر. [الكفاية ٣٩١/٨-٣٩٢] وكذا إذا شرطاً إلخ: أي وكذا لا يصح ذكره تفريعاً على مسألة "القدوري"، وهو على خمسة أوجه، وهذا أولها. [البنية ٥٩١/١٠] والمفسد هو الشرط: أي المفسد هو الشرط الفاسد، وهو الشرط الذي لا يلائم العقد، وهو أن يشترط التبن لغير صاحب البذر، وهنا سكنا عن ذكر الشرط الفاسد، والسكوت عن ذكر الشرط الفاسد لا يكون مفسداً. [الكفاية ٣٩٢/٨]

وقال مشايخ بلخ: والجواب عما قاله مشايخ بلخ: إن الأصل فيها عدم الجواز؛ لأنها تثبت مع المنافي، فبقدر ما وجد المحوز يعمل به، وما لم يوجد فلا. [الكفاية ٣٩٢/٨] اعتباراً للعرف: فإن العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين، وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب. [العناية ٣٩٢/٨]

والتبع يقوم بشرط الأصل. ولو شرطاً الحب نصفين، والتبن لصاحب البذر: صحت؛ لأنه حكم العقد، وإن شرطاً التبن للآخر: فسدت؛ لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة، بأن لا يخرج إلا التبن، واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط. قال: وإذا ^{القدوري} صحت المزارعة: فالخارج على الشرط؛ لصحة الالتزام، وإن لم يخرج الأرض شيئاً: فلا شيء للعامل؛ لأنه يستحقه شركة، ولا شركة في غير الخارج، وإن كانت إجارة، فالأجر مسمى، فلا يستحق غيره، بخلاف ما إذا فسدت؛ لأن أجر المثل في الذمة، ولا تفوت الذمة بعدم الخارج. قال: وإذا ^{القدوري} ^{المزارعة} فسدت، فالخارج لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه، واستحقاق الأجر بالتسمية، وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر.

والتبع يقوم إلخ: أي ثبت بشرط الأصل، وقد وجد شرائط صحة الشركة في الأصل، وهو الحب؛ لأنهما اشترطا فيه الشركة، فثبتت الشركة في التبن أيضاً تبعاً للحب، كالإمام إذا دخل مصر ونوى الإقامة بصير الجندي مقيماً وإن لم يكن في موضع الإقامة، وكذا المولى مع العبد. [الكفاية ٣٩٢/٨] لأنه حكم العقد: يعني أنهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر؛ لأنه موجب العقد، فإذا نصا عليه كأنما صرحا بما هو موجب العقد، فلا يتغير به وصف العقد، فكان وجود الشرط وعدمه سواء. [العناية ٣٩٢/٨]

لأنه شرط إلخ: بأن لا يخرج إلا التبن، وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد، فكانت المزارعة فاسدة. (العناية) إلا التبن: فرمى يصيبه آفة، فلا ينعقد الحب، فلا يخرج إلا التبن. [الكفاية ٣٩٣/٨] على الشرط: فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب فيه المسمى، وهذا عقد صحيح، فيجب فيه المسمى. [العناية ٣٩٢/٨]

وإن كانت إجارة إلخ: هذا جواب عما يقال: كانت الأرض إجارة ابتداء فلا بد من الأجرة، وتقرير الجواب: أن الأرض إن كانت إجارة في الابتداء إلخ. [البنية ٥٩٣/١٠] وإذا فسدت: يعني وإن كانت فاسدة، فلا فرق بين أن تخرج الأرض، وأن لا تخرج في وجوب أجر المثل للعامل؛ لأنه في الذمة، والذمة لا تفوت بعدم الخارج، فإن أخرجت شيئاً، فالخارج لصاحب البذر. [العناية ٣٩٣/٨]

قال: ولو كان البذر من قِبَل ربِّ الأرض: فللعامل أجرٌ مثله، لا يزداد على مقدار ^{القدوري} ^{والمزارعة فاسدة} ^{أجر المثل} ما شرط له من الخارج؛ لأنه رضي بسقوط الزيادة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما. وقال محمد ^{وبه قالت الثلاثة} ^{له أجر مثله بالغاً ما بلغ؛ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد، فيجب} ^{العامل} ^{صاحب الأرض} عليه قيمتها؛ إذ لا مثل لها وقد مرَّ في الإجازات. وإن كان البذر من قِبَل العامل: فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه؛ لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردُّها، وقد تعذر ولا مثل لها، فيجب ردُّ قيمتها، وهل يزداد على ما شرط له من ^{رد المنافع} ^{المنافع} ^{المنافع} الخارج؟ فهو على الخلاف الذي ذكرناه. ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة: فعلى العامل أجرٌ مثل الأرض والبقر،

في الإجازات: قال صاحب "النهاية" رحمه الله: وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير؛ لأنه ذكر في باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجازات في مسألة ما إذا استأجر حماراً ليحمل عليه طعاماً بقفيز منه، فالإجارة فاسدة، ثم قال: ولا يجاوز بالأجر قفيز؛ لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمي، ومن أجر المثل، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله؛ لأن المسمى هناك غير معلوم، فلم يصح الخط، فمجموع هذا الذي ذكره في الإجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاً ما بلغ في الإجارة الفاسدة كما هو قولهما؛ إلا في الشركة في الاحتطاب، ثم ذكر ههنا، وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ إلى أن قال: وقد مرَّ في الإجازات، وذلك يدل على أن مذهبه في جميع الإجازات الفاسدة يبلغ الأجر بالغاً ما بلغ، وليس كذلك. وأجيب بأن هذه الإجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب؛ لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج، وهذه حوالة بلا تغيير. [العناية ٣٩٣/٨ - ٣٩٤]

وإن كان البذر إلخ: هذا من مسائل "القدوري"، وفي بعض النسخ: وإن كان قبل العامل أي البذر. (البنية) على الخلاف إلخ: وهو أن لا يزداد عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما خلافاً لمحمد. [البنية ٥٩٦/١٠] بين الأرض: أي كانت الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل لآخر.

هو الصحيح؛ لأن له مدخلاً في الإجارة، وهي إجارة معنى. وإذا استحق ربُّ الأرض الخارجَ لبذره في المزارعة الفاسدة: طاب له جميعه؛ لأن النماء حصل في أرضٍ مملوكة له، وإن استحقه العامل^{الخارج}: أخذ قدرَ بذره، وقدر أجر الأرض وتصدق^{رب الأرض} بالفضل؛ لأن النماء يحصل من البذر، ويخرج من الأرض، وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثاً فيه، فما سَلِمَ له بعوض طاب له، وما لا عوض له تصدق به. قال: وإذا عَقِدَتِ المزارعة، فامتنع صاحب البذر من العمل: لم يجبر عليه؛ لأنه لا يمكنه^{العمل} المضى في العقد إلا بضرر يلزمه، فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره، وإن امتنع الذي ليس من قبلة البذر: أجبره الحاكم على العمل؛

هو الصحيح: وقيل: يغرم له مثل أجر الأرض بكروية، فأما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال، فلا ينعقد العقد عليه صحيحاً ولا فاسداً، ووجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد؛ إذ المنافع لا تقوم إلا بالعقد، والأصح أن عقد المزارعة من جنس الإجارة؛ لما مر، ومنافع البقر يجوز استحقاقها بعقد الإجارة، فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد، فيجب أجر المثل، كما يجب أجر مثل الأرض. لأن له: أي للبقر مدخلاً في الإجارة؛ لجواز إيراد عقد الإجارة عليه، والمزارعة إجارة معنى، فتنعقد المزارعة عليه فاسداً، ويجب أجر المثل. [العناية ٣٩٤/٨] وقدر إلخ: أي قدر ما غرم من أجر مثل الأرض. وتصدق بالفضل: أي بالزائد على قدر البذر وأجر الأرض. (البنية) لأن النماء إلخ: أي فهو يحتاج إليهما على ما جرت به العادة احتياجاً بالغاً، فكان الخبث شديداً، فأورث وجوب التصديق وعمل العامل، وهو إلقاء البذر وفتح الجداول ليس بتلك المثابة؛ لجواز حصوله بدون علة كما إذا هبت الريح فألقت البذر في أرض، وأمطرت السماء، فكان ما يمكن به شبهة الخبث، فلم يورث وجوب ذلك. [العناية ٣٩٤/٨] لم يجبر عليه: أي قبل إلقاء البذر، وأما بعد إلقائه فيجبر؛ لأن عقد المزارعة يكون لازماً من الجانبين بعد إلقاء البذر. [الكفاية ٣٩٤/٨] بضرر يلزمه: وهو استهلاك البذر في الحال كمن استأجر رجلاً ليهدم داره. [العناية ٣٩٤/٨]

لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر، والعقد لازم بمنزلة الإجارة، إلا إذا كان عذر يُفسخ به الإجارة، فيفسخ به المزارعة. قال: لو امتنع ربُّ الأرض والبذر من قبله، وقد كَرَبَ المزارعُ الأرض: فلا شيء له في عمل الكَرَاب، قيل: هذا في الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل؛ لأنه غَرَّه في ذلك. قال: وإذا مات أحد المتعاقدين: بطلت المزارعة؛ اعتباراً بالإجارة، وقد مرَّ الوجه في الإجازات، فلو كان دفعها في ثلاث سنين،
الأرض مزارعة

لأنه لا يلحقه إلخ: لأنه التزام إقامة العمل، وهو قادر على إقامة العمل كما التزمه بالعقد، وموجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه، فأما إذا امتنع صاحب البذر من العمل، ففي إلزام موجب العقد إياه ضرر فيما لم يتناوله العقد؛ لأن البذر ليس بمعقود عليه، وفي إلقائه في الأرض إتلافه كذا في "المبسوط". [الكفاية ٣٩٤/٨] كان عذر إلخ: كالمرض المانع للعامل عن العمل، والدين الذي لا وفاء به عنده إلا ببيع الأرض. [العناية ٣٩٤/٨] فلا شيء له إلخ: لأن عمله إنما يقوم بالعقد، والعقد قوَّم بالخارج، ولا خارج بعده، فلا يستوجب شيئاً. [البناء ٥٩٩/١٠]

استرضاء العامل: يعني بأن يعطي العامل أجر مثل عمله؛ لأنه إنما استعمل بإقامة العمل ليزرع، فيحصل له نصيبه من الخارج، فإذا أخذ الأرض بعد ما أقام هذه الأعمال من كرب الأرض، وحفر الأنهار كان هو غاراً للعامل ملحقاً للضرر به، والغرور مدفوع، فينبغي أن يطلب رضاه. [الكفاية ٣٩٥/٨] وإذا مات أحد إلخ: واعلم أنه أراد بقوله: "وإذا مات أحد المتعاقدين" بعد الزرع؛ لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه، ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت، ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان: فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته، ولعله ترك ذلك اعتماداً على دخوله في إطلاق أول المسألة. [العناية ٣٩٥/٨] في الإجازات: وهو قوله: لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة والأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقاً بالعقد؛ لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث، وذلك لا يجوز. [الكفاية ٣٩٥/٨]

فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد حتى مات رب الأرض: ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع، ويُقسم على الشرط، وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين؛ لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مراعاة للحقين، بخلاف السنة الثانية والثالثة؛ لأنه ليس فيه ضررٌ بالعامل، فيحافظ فيهما على القياس. ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كَرَبَ الأرض، وحفر الأنهار: انتقضت المزارعة؛ لأنه ليس فيه إبطال مالٍ على المزارع، ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل كما نبينه إن شاء الله تعالى. وإذا فُسِّخَت المزارعة بدَيْنٍ فادح لِحَقِّ صاحب الأرض، فاحتاج إلى بيعها فباع: جاز، كما في الإجارة، وليس للعامل أن يطالبه بما كَرَبَ الأرض وحفر الأنهار بشيء؛ لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد، وهو إنما قُومَ بالخارج، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء.

ولم يستحصد: أي لم يجهز أو ان الحصاد. (البنية) ترك الأرض: أي يبقى عقد المزارعة إلى أن يستحصد، ولا يثبت إجارة مبتدأة، حتى لا يجب الأجر على المزارع. [الكفاية ٣٩٥/٨] مراعاة للحقين: أي حق المزارع وحق الورثة. (البنية) ليس فيه ضرر: لأنه لم يثبت له شيء بعد شيء. (البنية) فيحافظ: أي إذا كان الأمر كذلك فيحافظ في السنة الثانية والثالثة على وجه القياس حيث تبطل المزارعة بموت أحد المتعاقدين. (البنية) انتقضت المزارعة: بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يبقى العقد؛ لأن فيه إبطال مال على المزارع، ولو كلف القلع، وفي بعض النسخ: إبطال مال المزارع. [البنية ٦٠١/١٠] ولا شيء للعامل إلخ: لأن المنافع تتقوم بالخارج، ولا خارج فلا يجب شيء. [البنية ٦٠١/١٠ - ٦٠٢] كما نبينه: إشارة إلى قوله: لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد إلى آخره. (الكفاية) كما في الإجارة: والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية "الزيادات"؛ فإنه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا؛ لأنها في معنى الإجارة، وعلى رواية كتاب المزارعة، والإجازات، و"الجامع الصغير" لا يحتاج فيه إلى ذلك. (العناية) أن يطالبه: سواء كان البذر من العامل أو من رب الأرض. [العناية ٣٩٦/٨]

ولو نبت الزرع، ولم يُستحصد لم تُبَع الأرض في الدين، حتى يُستحصد الزرع؛ لأن في البيع إبطال حق المزارع، والتأخير أهون من الإبطال، ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه بالدين؛ لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو ظالماً، والحبس جزاء الظلم. قال: وإذا انقضت مدة المزارعة، والزرع لم يُدرِك: كان على المزارع أجرٌ مثل نصيبه من الأرض إلى أن يُستحصد، والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما، معناه: حتى يستحصد؛ لأن في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين، فيُصار إليه، وإنما كان العمل عليهما؛ لأن العقد قد انتهى بانتهاء رب الأرض والمزارع النفقة المدة، وهذا عمل في المال المشترك،

ولو نبت الزرع إلخ: ذكره تفريعاً، ولم يذكر في الكتاب إذا زرع العامل ولم يثبت ثم لحق الأرض دين فادح ما حكمه، وفي "الذخيرة": اختلف المشايخ فيه قال أبو بكر العتابي: له ذلك؛ لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم؛ لأن التبذير استهلاك، ولهذا قالوا لصاحب البذر: فسخ المزارعة. [البنية ٦٠٣/١٠] وإذا انقضت إلخ: وقيد بالانقضاء؛ احترازاً عن مسألة الموت كما يأتي. [البنية ٦٠٤/١٠] على المزارع أجر إلخ: [أي يبقى الزرع، وكان على المزارع] وفي بعض نسخ "المختصر": أجر مثل نصيبه من الزرع وذلك أصح، فعلى الثاني يتعلق من نصيبه، وعلى الأول يتعلق بأجر المثل. (البنية) والنفقة: وهي مؤنة الحفظ والسقي وكرى الأتجار عليهما على مقدار نصيبهما، حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب. [العناية ٣٩٧/٨] عليهما: العامل ورب الأرض. [البنية ٦٠٤/١٠] معناه: أي معنى قوله: والنفقة على الزرع عليهما يريد أن النفقة على الزرع عليهما حتى يستحصد الزرع. [الكفاية ٣٩٧/٨] تعديل النظر إلخ: [رب الأرض والمزارع] فإننا أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به، وإن أبقيناه بلا أجر تضرر رب الأرض، فأبقيناه بالأجر؛ تعديلاً للنظر من الجانبين. [البنية ٦٠٤/١٠] وهذا عمل في إلخ: فيكون العمل عليهما، وهو قبل انتهاء المدة كان على العامل خاصة، فالعمل بعد الانتهاء يكون باعتبار الشركة في الزرع.

وهذا بخلاف ما إذا مات ربُّ الأرض، والزرعُ بقل حيث يكون العمل فيه على العامل؛ لأن هناك أبقينا العقد في مدته، والعقد يستدعي العمل على العامل، أما ههنا ^{في مسألة الموت} العقد قد انتهى، فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد، فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه. فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه، وأمر القاضي فهو متطوع؛ لأنه لا ولاية له عليه، ولو أراد ربُّ الأرض أن يأخذ الزرع بقلًا: لم يكن له ذلك؛ لأن فيه إضراراً بالمزارع، ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلًا، قيل لصاحب الأرض: اقلع الزرع ^{بعد انقضاء المدة} فيكون بينكما، أو أعطه قيمة نصيبه، أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في ^{الزرع} حصته؛ لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يُجبر عليه؛ لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهيَّ نظرًا له، وقد ترك النظر لنفسه، وربُّ الأرض مخير بين هذه الخيارات؛ لأن ^{المزارع} بكل ذلك يُستدفع الضرر، ولو مات المزارع بعد نبات الزرع، فقالت ورثته: نحن نعمل إلى أن يُستحصد الزرع،

وهذا بخلاف إلخ: فإنه يبقى الزرع بلا أجر، ولا اشتراك في النفقة، ولا اشتراك في العمل. [العناية ٣٩٧/٨] يكون العمل إلخ: مسألة الموت مخالفة لمسألة انقضاء المدة في الأحكام الثلاث، وهي وجوب أجر الأرض، والاشتراك في النفقة، والاشتراك في العمل، حيث لم يجوز أجر مثل نصيبه من الأرض على العامل. (الكفاية) فإن أنفق أحدهما إلخ: أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة فهو متطوع؛ لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره، وبغير أمر من يلي عليه. [الكفاية ٣٩٧/٨]

لا ولاية له: لأحدهما على الآخر، بخلاف ما إذا أنفق بأمر القاضي حتى يرجع على صاحبه بمقدار حصته؛ لأنه للقاضي ولاية، فصح أمره. (البنية) ولو أراد ربُّ إلخ: ذكره تفرعاً أيضاً، وهو من مسائل "الأصل". [البنية ٦٠٦/١٠] لا يجبر عليه: أي على العمل؛ لانقضاء مدة العقد. [البنية ٦٠٧/١٠]

وأبى ربُّ الأرض: فلهم ذلك؛ لأنه لا ضررَ على ربِّ الأرض، ولا أجر لهم بما عملوا؛ لأننا أبقينا العقدَ نظراً لهم، فإن أرادوا قلعَ الزرع لم يُجبروا على العمل؛ لما بينا، والمالك على الخيارات الثلاثة؛ لما بينا. قال: وكذلك أجرَةُ الحصاد والرفّاع والدياس والتذرية عليهما بالحِصص، فإن شرطاه في المزارعة على العامل: فسدت، وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة، - وهو انقضاء المدة، والزرع لم يُدرك، بل هو عام في جميع المزارعات، ووجه ذلك: أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود، فيبقى مالٌ مشترك بينهما ولا عقد، فيجب مؤنته عليهما،

فلهم ذلك: أي فللورثة أن يعملوا إلى أن يستحصد الزرع. (البنية) نظراً لهم: فلا يستحقون الأجر؛ لأن استحقاق الأجر إنما يكون إذا كان الإبقاء نظراً لغيرهم. (البنية) لما بينا: وهو قوله: لأن إبقاء العقد بعد وجود النهي نظراً إلخ. (الكفاية) على الخيارات إلخ: لكن في هذه الصورة لو رجع المالك بالنفقة يرجع بكلها؛ إذ العمل مستحق لبقاء العقد. [الكفاية ٣٩٨/٨] لما بينا: أشار به إلى قوله: لأن المزارع لما امتنع عن العمل لا يجبر عليه. (البنية) وكذلك أجرَةُ إلخ: أي كما أن النفقة عليهما فيما إذا انقضت مدة المزارعة، والزرع لم يدرك كذلك عليهما أجرَةُ الحصاد. [البنية ٦٠٨/١٠]

والرفّاع: بكسر الراء وفتحها، وهو أن يرفع الزرع إلى البيدر، وهو موضع الدياس، وتسمية أهل مصر الجران. [البنية ٦٠٨، ٦٠٧/١٠] والدياس: هو أن يوطأ الطعام بإطلاق البقر، وتكون عليها، يعني يخرجوا حتى يصير تبناً. (البنية) والتذرية: وهو تمييز الحب من التبن بالرياح. [البنية ٦٠٨/١٠] فإن شرطاه: أي فإن شرط المتعاقدان في العقد أحص الأشياء المذكورة. (البنية) وهذا الحكم: أي كون أجرَةُ الحصاد والرفّاع والدياس والتذرية عليهما ليس يختص بما ذكرنا من الصورة، وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك. [الكفاية ٣٩٨/٨] لما كان القدوري ذكر هذه المسألة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك، ربما يوهم اختصاصها بذلك، فقال المصنف: وهذا الحكم ليس بمختص. [العناية ٣٩٨/٨]

وإذا شرط في العقد ذلك - ولا يقتضيه - وفيه منفعة لأحدهما يُفسدُ العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل، وعن أبي يوسف رحمته ^{المزارعة} أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل؛ اعتباراً بالاستصناع، وهو اختيار مشايخ بلخ رحمته، قال شمس الأئمة السرخسي رحمته ^{المزارعة} هذا هو الأصح في ديارنا. فالحاصل: أن ما كان من عملٍ قبل الإدراك كالسقي والحفظ، فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية، كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه، وما كان بعد القسمة فهو عليهما، والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ، فهو على العامل، وما كان بعد الإدراك كالجذاد والحفظ فهو عليهما، ولو شرط الجذاد على العامل: لا يجوز بالاتفاق؛ لأنه لا عُرْف فيه، وما كان بعد ^{بالإشتراك}

يفسد العقد: والأصل: أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يفسدها؛ لأنه شرط لا يقتضيه، وفيه منفعة لأحدهما، ومثله يفسد الإجارة، فكذا المزارعة؛ لأن فيها معنى الإجارة. [العناية ٣٩٨/٨] كشرط الحمل: أي حمل الخنطة ونحوها إلى منزل رب الأرض. (البنية) مشايخ بلخ: كمحمد بن سلمة وأبي بكر البلخي وغيرهما. (البنية) هو الأصح إلخ: ذكره شمس الأئمة في "المبسوط". (البنية) في ظاهر الرواية: وقيد بقوله: في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن أبي يوسف رحمته أنه قال: اشتراط هذا على العامل غير مفسد. (البنية) بيناه: إشارة إلى قوله: وجه إلخ. [البنية ٦١٠/١٠] والتلقيح: تلقيح النحل إدخال شيء من فحولها في إناثها، كتلقيح الحيوانات. كالجذاد: بكسر الجيم وبالذال المهملة وهو القطع، والمراد قطع ثمرة النحل، وفي بعض النسخ: كالجذاد. [البنية ٦١١/١٠]

وما كان بعد إلخ: كالحمل إلى البيت والطحن وأشباههما، وهما ليسا من أعمالهما، فيكون عليهما، لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك، وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتمييز ملك كل واحد منها عن ملك الآخر، فكان التدبير في ملكه إليه خاصة. [العناية ٣٩٨/٨]

القسمة فهو عليهما؛ لأنه مال مشترك ولا عقد، ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض: لا يجوز بالإجماع؛ لعدم العرف فيه، ولو أراد **قَصَلَ القَصِيل**، أو جذَّ الثمر ^{هذا انشروط} ^{نطع} بُسْرًا، أو التقاط الرطب: فذلك عليهما؛ لأنهما ^{المتعاقدين} أنهما ^{أنما} العقد لما عزمَا على القصل والجِداد ^{بسرًا} ^{فصار} ^{كما} ^{بعد} ^{الإدراك}، والله أعلم.

لأنه مال مشترك: سماه مشتركاً بعد القسمة باعتبار ما كان، وقيل: باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما، ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معيناً في قرية، يقال لهم: شركاء في القرية. [العناية ٣٩٨/٨]

قصل القصيل: أي قطع القصيل، والقصل: قطع الشيء ومنه القصيل، وهو الشعير يخبز أخضر لعلف الدواب، والفقهاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلًا مجازاً. (البنية) **فصار كما بعد الخ**: أي صار حكم هذا الحكم، ما بعد إدراك الزرع والثمر حيث يكون العمل فيه عليهما، فكذلك إذا انتهياه قبل الإدراك. [البنية ٦١٢/١٠]

كتاب المساقاة

قال أبو حنيفة رحمته: المساقاة بجزء من الثمر باطلة، وقالوا: جائزة إذا ذكر مدة معلومة، وسمي جزءاً من الثمرة مشاعاً، والمساقاة: هي المعاملة في الأشجار، والكلام فيها كالكلام في المزارعة، وقال الشافعي رحمته: المعاملة جائزة، ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة؛ لأن الأصل في هذا المضاربة، والمعاملة أشبه بها؛ لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل، وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر، بأن شرطاً رفعه من رأس الخارج: تفسد،
البذر

كتاب المساقاة: ثم معنى المساقاة لغةً وشرعاً ما هو مذكور في "الصحاح" وغيره، أن المساقاة أن تستعمل رجلاً في النخيل أو كروم أو غيرهما؛ ليقوم بإصلاحها أن يكون له سهم معلوم من ثمره. (النهاية) هي مفاعلة من السقي، وهي المعاملة في الأشجار ببعض الخارج. [الكفاية ٣٩٩/٨] باطلة: وبه قال زفر، لأنها استئجار ببعض ما يخرج، وذلك مجهول أو معدوم فلا يجوز. [البنية ٦١٣/١٠]

والكلام فيها إلخ: أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت في المزارعة مما يصلح شرطاً للمساقاة، وفي فتاوى قاضي خان: وشرائطها منها: بيان نصيب العامل، فإن بينا نصيب العامل، وسكتنا عن نصيب الدافع جاز استحساناً كما قلنا في المزارعة، ومنها: الشركة في الخارج كما في المزارعة، ومنها: التخلية بين الأشجار والعامل، ومنها: بيان الوقت، فإن سكتنا عن الوقت جاز استحساناً، ويقع العقد على أول ثمرة تكون في تلك السنة، فإن لم يخرج في تلك السنة ثمرة تنتقض المعاملة. [الكفاية ٣٩٩/٨]

وقال الشافعي رحمته إلخ: إلى قوله: والمنقول في وقف العقار من كلمات الشافعي رحمته. (النهاية)

إلا تبعاً للمعاملة: بأن يكون بين النخيل والكرم أرض بيضاء يسقى بماء النخيل، وقد أخذ النخيل مع الأرض معاملة جاز، حتى لو كانت الأرض تسقى بماء على حدة لا يجوز. [البنية ٦١٤/١٠]

الأصل في هذا: أي في جواز المزارعة والمساقاة.

فجعلنا المعاملة أصلاً وجوزنا المزارعة تبعاً لها كالشرب في بيع الأرض، والمنقول في وقف العقار. وشرطُ المدة قياس فيها؛ لأنها إجارة معنى كما في المزارعة، وفي الاستحسان: إذا لم يبين المدة يجوز، ويقع على أول ثمر يخرج؛ لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم، وقلما يتفاوت، ويدخل فيها ما هو المتيقن، وإدراكُ البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار؛ لأن له نهاية معلومة، فلا يشترط بيان المدة، بخلاف الزرع؛ لأن ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً، والانتهاء بناء عليه، فتدخله الجهالة، وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق، ولم يبلغ الثمر معاملةً حيث لا يجوز إلا بيان المدة؛

كالشرب في بيع الخ: فإنه يرد عليه العقد تبعاً لبيع الأرض، ويجوز بيعه بإنفراد. [البنية ٦١٦/١٠] والمنقول في وقف الخ: فإنه يصير وقفاً تبعاً للعقار، ولا يجوز وقفه بانفراده. (البنية) كما في المزارعة: كما يشترط بيان المدة في المزارعة، حتى إذا لم يبينها تفسد. [البنية ٦١٦/١٠] وإدراك البذر الخ: معناه: لو دفع رطبة قد انتهى جذاؤها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله من بذر فهو بينهما نصفين جاز إذا كان البذر مما يرغب فيه وحده؛ لأنه يصير في معنى الثمر للشجر؛ وهذا لأن إدراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين، فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين، والبذر يحصل بعمل العامل، فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحاً، والرطبة لصاحبها. [العناية ٣٩٩/٨ - ٤٠٠]

بخلاف الزرع: يعني ذاك بخلاف المزارعة؛ فلأنها تجوز بلا بيان المدة قياساً واستحساناً. [البنية ٦١٨/١٠] يختلف: فإن من الناس من يزرع في الخريف، ومنهم من يزرع في الربيع، ومنهم من يزرع في الصيف، وإذا كان ابتداء العمل مما يتقدم ويتأخر عرفاً كان الانتهاء كذلك، فكانت المدة مجهولة، فلا يجوز. [الكفاية ٤٠١/٨] إذا دفع الخ: أي إذا دفع رجل إلى رجل غرس شجر، أو كرم، أو نخل قد علق على أن يقوم عليه، ويسقيه ويصلحه، فما أخرج الله من ذلك الغرس من الثمن، فهو بينهما نصفان، فهذه معاملة فاسدة. ولم يبلغ الثمر: أي لم يبلغ الغرس الأثمار. (الكفاية) لا يجوز: هذا لأنه لا يدري متى يحمل الشجر، وقد يتفاوت الأشجار في الحمل بحسب قوة الأرض وضعفها، فلا بد من بيان المدة. بيان المدة: بأن يذكر سنين معلومة؛ لأنه لا يدري في كم يحمل الشجر والنخل والكرم الثمر. [الكفاية ٤٠٠/٨]

لأنه يتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً، وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها، أو أطلق في الرطبة: تفسد المعاملة؛ لأنه ليس لذلك نهاية معلومة؛ لأنها تنمو ما تُركت في الأرض، فجُهلَت المدة، ويُشترط تسمية الجزء مشاعاً؛ لما بينا في المزارعة؛ إذ شرطُ جزءٍ معين يقطع الشركة. وإن سُمِّيَ في المعاملة وقتاً يعلم أنه لا يخرج الثمرُ فيها: فسدت المعاملة؛ لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج، ولو سُمِّيَ مدة قد يبلغ الثمرُ فيها، وقد يتأخر عنها: جازت؛ لأننا لا نتيقن بفوات المقصود، ثم لو خرج في الوقت المسمى، فهو على الشركة؛ لصحة العقد، وإن تأخر: فللعامل أجر المثل؛ لفساد العقد؛ لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة،

يقوم عليها: أي حتى يذهب أصولها وينقطع نباتها، أي: حينئذ لا يجوز، أما إذا دفع النخيل، أو أصول الرطبة على أن يقوم عليه معاملة مطلقاً، فيجوز إذا كان للرطبة جذاذ معلوم، وتقع المعاملة في النخيل على أول ثمرة تخرج، وفي الرطبة على أول جذوة تجذ، وأما إذا لم يكن للرطبة جذاذ معلوم فلا يجوز، سواء قيد بذهاب أصولها أو أطلق، أو لم يذكر شيئاً، وهو المراد من قوله: أو أطلق في الرطبة؛ لأن في كل منها جهالة المدة في الرطبة، بخلاف النخيل؛ فإنه لو قيد بقوله: دفعتكها معاملة إلى أن تذهب أصولها فلا يجوز، وإن أطلق عن ذلك فهو جائز، وتقع المعاملة على أول ثمرة يخرج في تلك السنة. [الكفاية ٤٠٠/٨ - ٤٠١]

لأنها تنمو إلخ: دليل الرطبة، ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما، حتى تذهب أصولها؛ لأنه لا نهاية لذلك، فكان غير معلوم. [العناية ٤٠١/٨] فجُهلَت المدة: وهذا، لأن الرطبة مما تزداد طولاً بطول المدة، فمتى لم يكن وقت جذاذ معلوماً كان مدة المعاملة مجهولة، بخلاف الثمر؛ لأن لإدراكه وقتاً معلوماً إذا بلغ ذلك لا يزداد بعد ذلك وإن طال الزمان، أما الرطبة بخلافها. [الكفاية ٤٠١/٨]

ويشترط إلخ: متعلق بقوله: وسمي جزءاً من الثمر مشاعاً. (البنية) في المزارعة: أشار به إلى قوله: ولا تصح المزارعة إلى قوله: إلا أن يكون الخارج بينهما مشاعاً؛ تحقيقاً لمعنى الشركة. [البنية ٦١٩/١٠]

وإن سُمِّيَ إلخ: وهذا من مسائل الأصل ذكره تفريعاً على مسألة "القدوري". [البنية ٦٢٠/١٠]

فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء، بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً؛ لأن الذهاب بآفة، فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحاً، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه. قال: وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب، وأصول الباذنجان، وقال الشافعي رحمته الله في الحديد: لا تجوز إلا في الكرم والنخل؛ لأن جوازها بالأثر، وقد خصّهما وهو حديث خبير.* ولنا: أن الجواز للحاجة وقد عمت، وأثر النخل والكرم العلة والحكم لا يخصّهما؛ لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً، ولو كان خبير لا يخصّهما؛ لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً، ولو كان كما زعم، فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سيّما على أصله. وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر؛ لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد، قال: وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر؛

في الابتداء: يعني لو كان ذلك معلوماً عند ابتداء العقد لما كان العقد فاسداً، فكذا إذا تبين في الانتهاء. [البنية ١٠/٦٢٠] صحيحاً: وموجبه الشركة في الخارج ولا خارج. (البنية) كما زعم: أي ولو كان الأثر يخص النخل والكرم كما زعم الشافعي رحمته الله. (البنية) على أصله: أي خصوصاً على أصل الشافعي رحمته الله، فإن بابه عنده أوسع؛ لأنه يرى التعليل بالعلة القاصرة، ونحن لا نرى التعليل إلا بعلة متعددة، فيكون التعليل على مذهبه أعم عندنا. [البنية ١٠/٦٢٢]

لصاحب الكرم: ذكره تفرعاً على مسألة "القدوري". (البنية) بغير عذر: لما ذكرنا إلا أن يكون له عذر بأن عرض مرض يقعه عن العمل، لا يقال: ينبغي أن يأمر بأن يستأجر رجلاً ليقم على عمله؛ لأن في ذلك ضرراً به لم يلتزمه بالمعاملة. [البنية ١٠/٦٢٣]

*حديث معاملة أهل خبير تقدم. [نصب الراية ٤/١٨١] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره أن النبي ﷺ عامل خبير بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع. [رقم: ٢٣٢٨، باب المزارعة بالشطر ونحوه]

بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر، على ما قدّمناه. قال: فإن دفع نخلاً فيه تمر مساقاةً، والتمر يزيد بالعمل: جاز، وإن كانت قد انتهت: لم يجز، وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل: جاز، ولو استحصّد وأدرك: لم يجز؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك، فلو جوزناه لكان استحقاقاً بغير عمل، ولم يرد به الشرع، بخلاف ما قبل ذلك؛ لتحقيق الحاجة إلى العمل. قال: وإذا فسدت المساقاة: فللعامل أجر مثله؛ لأنه في معنى الإجارة الفاسدة، وصارت كالمزارعة إذا فسدت. قال: وتبطل المساقاة بالموت؛ لأنها في معنى الإجارة، وقد بيناه فيها، فإن مات رب الأرض والخارج بسر: فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يُدرك الثمر، وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحساناً،

صاحب البذر: لأن في إبقاء البذر في الأرض إتلاف ملكه، فله أن لا يرضى به، وهنا لا يحتاج رب الكرم في إبقاء العقد إلى إتلاف شيء من ماله، فيلزم العقد من الجانبين، ولا ينفرد واحد منهما بفسخه إلا بعذر كسائر الإجازات. [الكفاية ٤٠٢/٨] على ما قدّمناه: إشارة إلى ما ذكره في المزارعة: وإذا عقدت المزارعة، فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه إلخ. [العناية ٤٠١/٨] ولم يرد به الشرع: لأنها جوزت بالأثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج. [العناية ٤٠٢/٨]

وتبطل المساقاة إلخ: لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد؛ لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث. وقد بيناه فيها: أي في الإجازات من أنه إذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت الإجارة. كره ذلك ورثة: أي ليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحساناً؛ لأن في منعه إلحاق الضرر، فيبقى العقد دفناً للضرر عنه، ولا ضرر على الورثة. استحساناً: وأما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما، وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين إن شرطاً أنصافاً؛ لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج، والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين. [العناية ٤٠٢/٨]

فيبقى العقد؛ دفعاً للضرر عنه، ولا ضرر فيه على الآخر. ولو التزم العامل الضرر:
يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه
صاحب الأرض من البسر، وبين أن ينفقوا على البسر، حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من
الثمر؛ لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم، وقد بينا نظيره في المزارعة. ولو مات العامل:
فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض؛ لأن فيه النظر من الجانبين، فإن أرادوا
أن يصرموه بسرًا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة التي بينها. وإن ماتا
بقطعه: فجميعاً؛ فالخيار لورثة العامل؛ لقيامهم مقامه، وهذا خلافه في حق مالي،
العامل

على الآخر: وهو وارث الميت، وكان حق التركيب أن يقول على الآخرين وهم الورثة. (البنية)
التزم العامل الضرر إلخ: بأن قال: إذا أخذ نصف البسر فله ذلك؛ لأن بقاء العقد لدفع الضرر عنه، فإذا
رضي انتقض العقد بموت رب الأرض، إلا أنه لا يملك إلحاق الضرر بالورثة. (البنية) على الشرط: الذي كانت
بين الميت والعامل. [البنية ١٠/٦٢٥] فيرجعوا: قال الإمام الزيلعي في شرح "الكنز": وفي رجوعهم في حصته
فقط إشكال، وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، وكان العمل كله عليه، ولهذا
إذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه، فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلى استحقاق العامل
بلا عمل في بعض المساقاة، وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضاً. [نتائج الأفكار ٨/٤٠٢، ٤٠١]

وقد بينا نظيره: أي نظير الحكم في باب المزارعة عند قوله: وإن أراد المزارع أن يأخذه بقل قليل لصاحب
الأرض: إقلع الزرع إلخ. [البنية ١٠/٦٢٦] الخيارات الثلاثة: أي إن شاءوا جذوا البسر، فقسموه على
الشرط، وإن شاءوا أعطوه نصف قيمة البسر، وصار البسر كله بينهم، وإن شاءوا أنفقوا على البسر حتى
يلبغ، ويرجعوا بالنفقة في حصة العامل من الثمر كما في المزارعة. [الكفاية ٨/٤٠٢]

وهذا خلافه إلخ: هذا جواب سوال مقدر، وهو أن يقال: خيار الشرط لا يورث عندكم؛ لأنه عرض
لا يقبل النقل، فكيف يثبت هذا الخيار لهم؟ فقال: هذا ليس من باب توريث الخيار، بل هذا خلافه في حق
مالي مستحق عليه. [البنية ١٠/٦٢٦]

وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، لا أن يكون وارثه في الخيار، فإن أبي ورثة العامل أن يقوموا عليه: كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض على ما وصفنا. قال: وإذا انقضت مدة المعاملة، والخارج بسر أخضر، فهذا والأول سواء، وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر؛ لأن الشجر لا يجوز استجاره، بخلاف المزارعة في هذا؛ لأن الأرض يجوز استجارها، وكذلك العمل كله على العامل ههنا، وفي المزارعة في هذا عليهما؛ لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل، وههنا لا أجر، في صورة المعاملة فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها.

ما وصفنا: أي الخيارات الثلاثة التي مرت آنفاً. (البنية) فهذا والأول: أي انقضاء المدة وموت العاقدين سواء في الحكم المذكور. [البنية ٦٢٧/١٠] سواء: والعامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير أجر. [العناية ٤٠٢/٨] لكن بغير أجر: أي على العامل في معاملة نصيبه من الثمرة التي بقيت على الشجر بعد انقضاء المدة. (الكفاية) لا يجوز استجاره [على ما مر في الإجارة]: حتى لو اشترى ثماراً على الأشجار، ثم استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك لا يجب عليه أجر. [الكفاية ٤٠٢/٨] في هذا: أي فيما إذا انقضت المدة والزرع البقل. [البنية ٦٢٧/١٠] يجوز استجارها: فإن من اشترى زرعاً في أرض، ثم استأجر الأرض مدة معلومة جاز، ووجب المسمى، وإن استأجرها إلى وقت إدراك الزرع وجب أجر المثل. (الكفاية) وكذلك العمل إلخ: أي فإذا ظهر هذا الفرق يتبين عليه فرق آخر، وهو أن العمل هنا عليهما بحسب ملكها في الزرع؛ لأن رب الأرض لما استوجب الأجر على العامل لا يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة، وهنا العمل على العامل في الكل؛ لأنه لا يستوجب رب النخل عليه أجراً بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة، فيكون العمل كله على العامل إلى وقت الإدراك كما قبل انقضاء المدة. [الكفاية ٤٠٣/٨] في هذا: أي في انقضاء المدة والزرع بقل على رب الأرض والعامل جميعاً. [البنية ٦٢٧/١٠]

قال: وتُفسَخ بالأعذار؛ لما بينا في الإجازات، وقد بينا وجوه العذر فيها، ومن
القدوري المساقاة جملتها: أن يكون العامل سارقاً يُخاف عليه سرقة السَّعْفِ والثمر قبل الإدراك؛ لأنه
الأعذار يلزم صاحب الأرض ضرراً لم يلتزمه فتفسخ به، ومنها: مرض العامل إذا كان
يُضعفه عن العمل؛ لأن في إلزامه استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه، ولم يلتزمه،
المرض فيجعل ذلك عذراً، ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً؟ فيه روايتان،
وتأويل إحداهما أن يشترط العمل بيده، فيكون عذراً من جهته. ومن دفع أرضاً
بيضاء إلى رجل سنين معلومة، يَغرس فيها شجراً على أن تكون الأرض والشجر
ليس فيها شجر بين رب الأرض والغارس نصفين: لم يجز ذلك؛ لاشتراط الشركة فيما كان حاصلاً
وهو الأرض قبل الشركة لا بعمله. وجميع الثمر والغرس لرب الأرض، وللغارس قيمة غرسه
وأجر مثله فيما عمل؛ لأنه في معنى قفيز الطحَّان؛ إذ هو استئجار بعض ما يخرج
من عمله، وهو نصف البستان فيفسد، وتعذر ردُّ الغراس؛
العامل

بيننا في الإجازات: يريد به قوله: ولنا: أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها، فصار العذر في الإجارة
كالعيب قبل القبض إلخ. (العناية ٤٠٣/٨) فيه روايتان: يعني في كون ترك العمل عذراً روايتان: في إحداهما لا يكون
عذراً ويجبر على ذلك؛ لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر، وهو ما يلحقه به ضرر، وههنا ليس كذلك،
وفي الأخرى عذر، وتأويله: أن يشترط عليه العمل بيده، فإذا ترك ذلك العمل كان عذراً، أما إذا دفع إليه
النخيل على أن يعمل فيها بنفسه وبإجرائه، فعليه أن يستخلف غيره، فلا يكون ترك العمل عذراً في فسخ
المعاملة. [العناية ٤٠٣/٨] فيكون عذراً إلخ: لأنه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه. [الكفاية ٤٠٣/٨، ٤٠٤]
ومن دفع أرضاً إلخ: وهذا من مسائل الأصل، ذكره تفريعاً على مسألة "القدوري". [البنية ٦٢٩/١٠]
إذ هو استئجار أجيراً ليجعل أرضه بستاناً بآلات الأجير على أن يكون أجرته نصف
البستان الذي يظهر بعمله.

لاتصالها بالأرض، فيجب قيمتها وأجر مثله؛ لأنه لا يدخل في قيمة الغراس؛ لتقومها
 بنفسها، وفي تخرجها طريق آخر بيناه في "كفاية المنتهي"، وهذا أصحها، والله أعلم.
 هذه المسألة أي طريق الشراء

لاتصالها [إنما أنت الضمير الراجع إليه على تأويل الأغراس]: فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمًا
 للشجر، بل يكون تسليمًا لقطعة خشبة ولم يكن مشروطاً، بل المشروط تسليم الشجر. [العناية ٤٠٤/٨]
 طريق آخر: وهو أن يكون مشترياً لنصف الغراس منه بنصف الأرض، والغراس مجهولة فلا يجوز. (الكفاية)
 وهذا أصحها: يعني المذكور في "الهداية" أصحهما؛ لأنه نظير من استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه
 على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس آلة يجعل الأرض بها بستاناً، كالصبغ للثوب، فإذا
 فسدت الإجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض، وهي متقومة، فيلزمه قيمتها كما يجب على
 صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله. [العناية ٤٠٤/٨]

كتاب الذبائح

قال: ^{المصنف} الذكاة شرطٌ ^{الذكاة} حِلِّ الذبيحة؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾، ولأنَّ بها يتميز ^{الذكاة} الدَّمُ النَّجَسُ من اللحم الطاهر، وكما يثبت به ^{في المأكول الذكاة} الحل، يثبت به الطهارة في المأكول وغيره، فإنَّها تنبئ عنها، ومنه قوله ^{الطهارة} عليه السلام: "ذكاة الأرض يُيسُّها"، وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللَّحْيَيْنِ، واضطرارية: وهي الجرح في أي موضع كان من ^{الصد ما يفوق فك الأسنان} البدن، والثاني: كالبدل عن الأول؛ لأنه لا يصار إليه، إلا عند العجز عن الأول، وهذا آية البدلية؛ وهذا لأن الأول أعمل في إخراج الدم، والثاني أقصر فيه، ^{الاختياري} ^{الاضطراري}

كتاب الذبائح: قال جمهور الشراح: المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما إتلافاً في الحال للانتفاع في المال، فإن المزارعة إنما تكون بإتلاف الحب في الأرض للانتفاع بما ينبت منها، والذبح إتلاف الحيوان بإزهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك. [نتائج الأفكار ٤٠٥/٨] الذكاة: يعني أن الذبح شرط حل أكل ما يؤكل لحمه من الحيوان؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ بعد قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾ إلخ، استثنى من الحرمة المذكى، فيكون حلالاً، والترتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها، لكن لما كان الحل ثابتاً بالشرع جعلت شرطاً. [العناية ٤٠٦/٨]

ومنه: أي ومن كون الذكاة عبارة عن الطهارة. [البنية ٦٣٤/١٠] ييسها: أي طهارة الأرض أي إذا ييست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما بالذكاة تطهر الذبيحة وتطيب كذا في "الصحيح" و"المغرب". [الكفاية ٤٠٦/٨] عن الأول: وإنما قال كالبدل؛ لأن الإبدال تعرف بالنص ولم يرد فيه، وقد وجدت أمانة البدلية، فقال: كالبدل. [العناية ٤٠٦/٨] وهذا آية البدلية: أي المصير إلى الثاني عند العجز عن الأول علامة البدلية. [البنية ٦٣٦/١٠]

غريب. [نصب الراية ٢١١/١] ولكن أخرج ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا المطلب بن زيادة عن محمد بن المهاجر عن أبي جعفر قال: "ذكاة الأرض ييسها". [٥٧/١] باب في الرجل يطأ الموضع القدر يطأ بعده ما هو أنظف]

فاكتفى به عند العجز عن الأول؛ إذ التكليف بحسب الوُسْع، ومن شرطه: أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقاداً كالمسلم، أو دعوى كالكتابي، وأن يكون حلالاً خارج الحرم على ما نبينه إن شاء الله تعالى. قال: ^{القدوري} وذبيحة المسلم والكتابي حلال؛ لما تلونا، ولقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾، وَيَحِلُّ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ وَالدَّيْبَةَ، وَيَضْبُطُ وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا أَوْ امْرَأَةً، أَمَا إِذَا كَانَ لَا يَضْبُطُ، وَلَا يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ، فَالذَّيْبَةُ لَا تَحِلُّ؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ عَلَى الذَّيْبَةِ شَرْطٌ بِالنَّصِّ، وَذَلِكَ بِالْقَصْدِ وَصَحَّةِ الْقَصْدِ بِمَا ذَكَّرْنَا، وَالْأَقْلَفُ وَالْمَخْتُونُ سَوَاءٌ؛ لَمَا ذَكَّرْنَا،

كالكتابي: فإنه يدعي التوحيد، ثم إنما تحل ذبيحة الكتابي فيما إذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزيز أو اسم المسيح، وأما إذا ذكر ذلك فلا تحل، كما لا تحل ذبيحة المسلم إذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا أَهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾، فحال الكتابي في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم. [الكفاية ٤٠٦/٨] لما تلونا: أراد به قوله سبحانه وتعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾؛ لأن الخطاب عام. [البنية ٦٣٧/١٠] وطعام الذين إله: قال البخاري رحمه الله في "صحيحه": قال ابن عباس رضي الله عنهما: طعامهم ذبائحهم. [البنية ٦٣٧/١٠] إذا كان يعقل إله: قيل: يعني يعقل لفظ التسمية، وقيل: يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية. (العناية) ويضبط: يعني يقدر على الذبح، ويضبطه، أي: يعلم شرائط الذبح من فرى الأوداج والحلقوم. (العناية) مجنوناً: قال في "النهاية": أي معتوها؛ لأن المجنون لا قصد له ولا بد منه. [العناية ٤٠٧/٨] بما ذكرنا: يعني قوله: إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه. (العناية) لما ذكرنا: قيل: أراد به الآيتين المذكورتين، وفيه نظر؛ لأن عاداته في مثله لما تلونا، وقيل: أراد به قوله: لأن حل الذبيحة يعتمد الملة، وهذا ليس بمذكور في الكتاب، والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية، وإلى قوله: ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر، وعاداته في مثله ذلك قيل، إنما ذكر الأقف؛ احترازاً عن قول ابن عباس رضي الله عنهما: فإنه يقول: شهادة الأقف وذبيحته لا تجوز. [العناية ٤٠٨/٨]

وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي والذمي والحربي والعربي والتغلي؛ لأن الشرط قيام الملة على ما مر. قال: ولا تؤكل ذبيحة المجوسي؛ لقوله عليه السلام: "سُنُّوا بهم سُنَّةَ أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم"،* ولأنه لا يدعي التوحيد، فانعدمت الملة اعتقاداً ودعوى. قال: والمرتب؛ لأنه لا ملة له، فإنه لا يُقرُّ على ما انتقل إليه، بخلاف الكتابي إذا تحوّل إلى غير دينه؛ لأنه يُقرُّ عليه عندنا، فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله. قال: والوثني؛ لأنه لا يعتقد الملة. قال: والمُحَرَّم يعني من الصيد، وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحَرَم من الصيد، والإطلاق في المحرم ينتظم الحِلَّ والحرم، والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم؛ وهذا لأن الزكاة فعل مشروع،

والتغلي: عطف على العربي، من عطف الخاص على العام؛ لأن تغلب قوم فلاحون يسكنون بعرب الروم. (البنية) بنو تغلب قوم من مشركي العرب، طالبهم عمر رضي الله عنه بالجزية فأبوا، فصولحوا على أن يعطوا الصدقة مضاعفة فرضوا. لأن الشرط إلخ: فيه نظر؛ لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط، ويمكن أن يجاب عنه، بأنه شرط في معنى العلة. [العناية ٤٠٨/٨] على ما مر: أشار به إلى قوله: ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقاداً كالمسلم، أو دعوى كالكتابي. [البنية ٦٤١/١٠]

إلى غير دينه: يعني النصراني إذا هود، واليهودي إذا تنصر، وإنما تنصر على ما تنقل إليه، بخلاف ما لو تمجس، فإنه لا تؤكل ذبيحته بلا خلاف. (البنية) عند الذبح: حتى لو تمجس يهودي أو نصراني لم يحل صيده ولا ذبيحته، بمنزلة ما لو كان مجوسياً في الأصل، وإن هود مجوسي، أو تنصر يؤكل صيده وذبيحته، كما لو كان عليه في الأصل. [الكفاية ٤٠٨/٨] والوثني: وهو الذي يعبد الوثن، وهو الصنم؛ لأنه ليس له ملة التوحيد. [البنية ٦٤٣/١٠] من الصيد: هذا القيد لا بد منه؛ لأنه تحل ذبيحته من الأهالي. [البنية ٦٤٤/١٠]

* غريب بهذا اللفظ. [نصب الراية ١٨١/٤] وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن الحسن بن محمد بن علي قال: كتب رسول الله ﷺ إلى مجوس هجر يدعوهم إلى الإسلام، فمن أسلم قبل منه الحق، ومن أبي كتب عليه الجزية، ولا تؤكل لهم ذبيحة ولا تنكح منهم امرأة. [٧٠/٦، باب أخذ الجزية من المجوس]

وهذا الصنيع مُحَرَّم، فلم تكن ذكاة، بخلاف ما إذا ذبح المحرَّم غير الصيد، أو ذبح في الحرم غير الصيد: صح؛ لأنه فعل مشروع؛ إذ الحرم لا يُؤمَّن الشاة، وكذا لا يحرم ذبحه على الحرم. قال: وإن ترك الذابح التسمية عمداً: فالذبيحة ميتة لا تؤكل، وإن تركها ناسياً: أكل، وقال الشافعي رحمته: أكل في الوجهين، وقال مالك رحمته: العمد والنسيان لا تؤكل في الوجهين، والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي، وهذا القول من الشافعي رحمته مخالف للإجماع، فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً، وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً، فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم، ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما أنه يحل، بخلاف متروك التسمية عامداً، ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمته: إن متروك التسمية عامداً لا يسع فيه الاجتهاد،

وهذا الصنيع محرم: الصيد محرم بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾. [البنية ١٠/٦٤٤] لا يؤمن الشاة: ونحوها من النعم، والأمن إنما يثبت بالنص للصيد. [البنية ١٠/٦٤٥] وقال الشافعي إلخ: استدل الشافعي رحمته بقوله رحمته: "المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم" سوى بين التسمية وعدمها، والشرط لا يكون كذلك،.... والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب أنه محمول على حالة النسيان دفعاً للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم. [العناية ٨/٤٠٩] ترك التسمية سواء: حتى أن الكتابي إذا تركها عامداً لا تؤكل، وإذا تركها ناسياً تؤكل، وقد ذكرناه. (البنية) وهذا القول إلخ: أي القول بجواز أكل متروك التسمية عامداً مخالف للإجماع؛ لأن الإجماع انعقد على عدم جوازه قبل الشافعي رحمته، فالمخالف للإجماع المنعقد قبله خارق للإجماع، فلا تسمع. [البنية ١٠/٦٤٦] متروك التسمية عامداً: حيث لم يختلف أحد من الصحابة والتابعين رحمته في حرمة. [البنية ١٠/٦٤٧]

ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ؛ لكونه مخالفاً للإجماع. له: قوله ^{عليه السلام} ^{القضاء} ^{الشافعي}:
 "المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم"،* ولأن التسمية لو كانت شرطاً
 للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة، ولو كانت شرطاً ^{التسمية} فالملة
 أقيمت مقامها، كما في الناسي. ولنا: الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ
 يُذَكِّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ الآية، فهي وهو للتحريم،

بجواز بيعه: أي بيع متروك التسمية عامداً. (البنية) لما سقطت بعذر إلخ: لأنها لو كانت التسمية من شرائط الحل
 كان مأموراً بها، وفي المأمور لا فرق بين النسيان والعمد في العمل كقطع الحلقوم والأوداج، والتكبير، والقراءة في
 الصلاة، وإنما يقع الفرق في المزجور كالأكل والشرب في الصوم؛ لأن موجب النهي الانتهاء، والناسي يكون منتهياً
 اعتقاداً، فأما موجب الأمر بالانتمار، والتارك ناسياً أو عامداً لا يكون مؤتمراً. [الكفاية ٤٠٩/٨ - ٤١٠]
 كالطهارة: لأن شرط الشيء ما يتوقف على وجوده، ولا يفترق الحال بين النسيان والعمد كما في
 الطهارة واستقبال القبلة وستر العورة، فإن من نسي الطهارة لا تجوز صلاته كما لو تركها عمداً، وإنما
 يفرق بينهما في المجودات كالأكل والشرب في الصوم. [البنية ٦٤٩/١٠]
 كما في الناسي: كما أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي، وإليه أشار النبي ﷺ عمن ذبح، فترك
 التسمية ناسياً، قال: كلوا، فإن تسمية الله تعالى في قلب كل من أرى مسلماً. [البنية ٦٤٩/١٠]
 وهو قوله تعالى إلخ: ووجه الاستدلال: أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير، وصلة
 "على" تدل على أن المراد به الذكر باللسان، يقال: ذكر عليه إذا ذكر باللسان، وذكره إذا ذكر بالقلب،
 وقوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا﴾ عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيد، وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص،
 فهو غير محتمل للخصوص، فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً، إلا أن
 الشرع جعل الناسي ذاكراً؛ لعذر كان من جهته، وهو النسيان. [العناية ٤١٠/٨]

* غريب بهذا اللفظ، وفي معناه أحاديث. [نصب الراية ١٨٢/٤] منها أخرجه الدارقطني في "سننه" عن ابن
 عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "المسلم يكفيه اسمه، فإن نسي أن يسمى حين يذبح، فاليسم وليذكر اسم
 الله، ثم ليأكل". [١٧٠/٤، كتاب الأشربة وغيرها]

والإجماع وهو ما بينا. والسنة: وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه، فإنه عليه السلام قال في آخره: "فإنك إنما سميت على كلبك ولم تُسم على كلب غيرك" * علل الحرمة بترك التسمية. ومالك رحمته الله يحتج بظاهره ما ذكرنا؛ إذ لا فصل فيه، ولكننا نقول: في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى؛ لأن الإنسان كثير النسيان، والحرج مدفوع، والسمع غير مجرى على ظاهره؛ إذ لو أريد به لجرت الحاجة بين السلف وظهر الانقياد، وارتفع الخلاف في الصدر الأول، زمن الصحابة والإقامة في حق الناسي - وهو معذور - لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر،

وهو ما بينا: يريد به ما ذكره في التشنيع بقوله: فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً، وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً. [العناية ٤١٠/٨] يحتج إلخ: وقال في "العناية": استدل مالك بظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾، فإن فيه النهي بأبلغ وجه، وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية، وهو بإطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل. [نتائج الأفكار ٤١١/٨] والحرج مدفوع: بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، فيحمل على حالة العمد؛ دفعا للتعارض. [البنية ٦٥٤/١٠] والسمع إلخ: هذا جواب عن قول مالك رحمته الله حيث يحتج بظاهر قوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾. [الكفاية ٤١٠/٨]. ليس المراد منه العموم ظاهراً، ولهذا اختلفت الصحابة في متروك التسمية ناسياً، ولم يحتج من قال: بحرمة بالآية. والإقامة في حق إلخ: جواب عن قول الشافعي رحمته الله: أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي، ينبغي أن يقام أيضاً مقامه في حق العامد. [البنية ٦٥٤/١٠]

* أخرجه الأئمة الستة في كتبهم. [نصب الراية ١٨٤/٤] أخرج البخاري في "صحيحه" عن عدي بن حاتم رضي الله عنه، قال: سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن صيد المعارض قال: ما أصاب بحده فكله، وما أصاب بعرضه فهو وقيد، وسألت عن صيد الكلب فقال: "ما أمسك عليك فكل، فإن أخذ الكلب ذكاة، وإن وجدت مع كلبك أو كلابك كلباً غيره، فخشيت أن يكون أخذه معه وقد قتله فلا تأكل، فإنما ذكرت اسم الله على كلبك ولم تذكره على غيره". [رقم: ٥٤٧٥، باب التسمية على الصيد]

وما رواه محمود على حالة النسيان. ثم التسمية في ذكاة الاختيار تُشترط عند الذبح، وهو على المذبوح، وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي، وهي على الآلة؛ لأن المقدور له في الأول: الذبح، وفي الثاني: الرمي، والإرسال دون الإصابة، فتشترط ذكاة الاختيار ^{الصيد} إلى الصيد ^{التسمية} عند فعل يقدر عليه، حتى إذا أضجع شاة ^{الشاة} وسمي، فذبح غيرها بتلك التسمية: لا يجوز، ولو رمى إلى صيد وسمي وأصاب غيره: حل، وكذا في الإرسال، ولو أضجع شاة وسمي، ثم رمى بالشفرة، وذبح بالأخرى: أكل، ولو سمي على سهم، ثم رمى بغيره صيداً لا يؤكل. قال: ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره، وأن يقول عند الذبح: اللهم تقبل من فلان، وهذه ثلاث مسائل: إحداها: أن يذكر موصولاً لا معطوفاً: فيكره، ولا تحرم الذبيحة، وهو المراد بما قال. ونظيره أن يقول: بسم الله محمد رسول الله؛ لأن الشراكة لم توجد، فلم يكن الذبح واقعاً له، إلا أنه يكره؛ ^{غير الله}

وما رواه محمود: أي الشافعي ^{رحمته}، وهو قوله ^{بسم الله}: "المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم". [الكفاية ٤١١/٨] تشترط عند الذبح: أراد أن التسمية في الذكاة الاختيارية تقع على الذبح، فيشترط عند الذبح، وفي "التحفة": ينبغي أن يريد بالتسمية: التسمية على الذبيحة، أما لو أراد عند افتتاح العمل: لا يحل. (البنية) دون الإصابة: يعني الإصابة ليست في قدرته عند الرمي والإرسال. [البنية ٦٥٥/١٠] لا يجوز: لفقد التسمية على المذبوح. حل: لأن التسمية هنا على الآلة وهي لم تبدل. [البنية ٦٥٦/١٠] وذبح بالأخرى: أي ذبح الشاة التي أضجعها بشفرة أخرى؛ لأن التسمية وقف على الشاة ولم تبدل، وتذكر الفعل باعتبار الذبيح. (البنية) لا يؤكل: لوقوع التسمية على السهم الأول، ولا خلاف فيه للثلاثة. (البنية) قال: لم يثبت في النسخة الصحيحة لفظة قال هنا، وصورة المسألة في "الجامع الصغير". [البنية ٦٥٦/١٠] فيكره: أي إذا كان كذلك يكره فعله هذا، ولا تحرم الذبيحة؛ لما يقوله الآن. [البنية ٦٥٦/١٠] محمد: يرفع الدال في محمد ولو خفضها لا تحل. [البنية ٦٥٧/١٠]

لوجود القرآن صورةً، فيتصور بصورة المحرم. والثانية: أن يذكر موصولاً على وجه العطف والشركة، بأن يقول: بسم الله واسم فلان، أو يقول: بسم الله وفلان، أو بسم الله ومحمد رسول الله - بكسر الدال - : فتحرم الذبيحة؛ لأنه أهل به لغير الله. والثالثة: أن يقول مفصلاً عنه صورةً ومعنىً، بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده، وهذا لا بأس به؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال بعد الذبح: "اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ"،* والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه: جردوا التسمية،** حتى لو قال عند الذبح: اللهم اغفر لي لا يحل؛ لأنه دعاء وسؤال، ولو قال: الحمد لله، أو سبحان الله، يريد التسمية: حل، ولو عطس عند الذبح،

لوجود القرآن: أي لوجود المتعارضة بين الكلامين بحسب الظاهر، فيكره ذلك. (البنية) بكسر الدال: وإن رفعه يحل؛ لأنه كلام مبتدأ، وإن نصبه اختلفوا فيه، وعلى هذا القياس لو سمي آخر مع اسم الله تعالى. [الكفاية ٤١١/٨] لأنه أهل به: لأنه سمي بغير اسم الله سبحانه وتعالى، فصارت ميتة. (البنية) أو بعده: أي أو بعد أن يضجع الشاة، وفي بعض النسخ: وقبل أن يضجع الذبيحة. [البنية ٦٥٨/١٠] والشرط إلخ: أي وشرط حل الذكاة هو الذكر الخالص لوجه الله تعالى المجرد عن غيره. [البنية ٦٥٩/١٠]

* أخرجه مسلم في الضحايا عن يزيد بن قسيط عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ أمر بكبش أقرن يطاءً في سواد، ويبرك في سواد، وينظر في سواد، فأقي به ليضحى به، فقال لها: يا عائشة هلمي المديّة، ثم قال: استحديها بحجر، ففعلت، فأخذها وأخذ الكبش، فأضجعه ثم ذبحه، ثم قال: بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد، ومن أمة محمد ثم ضحى به. [رقم: ١٩٦٧، باب استحباب الضحية وذبحها مباشرة بلا توكيل، والتسمية والتكبير]

** غريب. [نصب الراية ١٨٤/٤]

فقال: الحمد لله لا يحلّ في أصح الروايتين؛ لأنه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية، وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله: ^{الذباح} بسم الله والله أكبر، منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافً﴾ ^{عند نحرها} * قال: ^{القدوري} والذبح بين الحلق واللبة، وفي الجامع الصغير: لا بأس بالذبح في الحلق كله: وسطه وأعلى وأسفله. والأصل فيه ^{الدليل}

دون التسمية: لأنه قال في الأصل: إذا قال: الحمد لله يريد به التسمية أكل، وإن لم يرد التسمية فلا، والعاطس لم يرد التسمية على الذبح، بل أراد الحمد على نعم الله سبحانه وتعالى. [البنية ١٠/٦٦٠] بخلاف الخطبة حيث يجوز عنها؛ لأن المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقاً لقوله تعالى: ﴿فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾، قوله: التسمية أي ذكر الله في افتتاح الفعل. منقول عن ابن إرخ: قال البقالي: والمستحب أن يقول: بسم الله أكبر بدون الواو، فإن قال مع الواو يكسر: لأنه يقطع فور التسمية. [الكفاية ٨/٤١٢]

صواف: أي قياماً على ثلث قوائم قد صفت رجليها وبداها اليمنى وأخرى معقولة: فينحرها، وهذا على سبيل الندب، ويجوز نحرها وذبحها مضجعة على جنبها كالبقرة. والذبح: المراد بذلك: بيان محل الذبح. [البنية ١٠/٦٦١] وفي الجامع الصغير: وإنما أعاد لفظ "الجامع الصغير"؛ لأن فيه بيان أن محل الذبح: الحلق، وليس ذلك في قوله: الذبح بين الحلق واللبة، وهو رواية "المبسوط". [الكفاية ٨/٤١٢] والأصل فيه: بين روايتي "المبسوط" و"الجامع الصغير" اختلاف من حيث الظاهر؛ لأن رواية "المبسوط" تقتضي الحل فيما إذا وقع الذبح فوق العقدة قبل الحلق؛ لأنه وإن كان قبل العقدة، فهو بين اللبة واللحين، فيحل، ورواية "الجامع الصغير" تقتضي أن لا يحل؛ لأن على روايته محل الذبح الحلق، فلما وقع الذبح قبل العقدة لم يكن الحلق محل الذبح فلا يجوز، فكانت رواية "الجامع الصغير" مقيدة لإطلاق رواية "المبسوط"، فكان المراد من إطلاق رواية "المبسوط"، بأن الذكاة ما بين اللبة واللحين المقيد، وهو أن تقع الذكاة في الحلق بعد أن تكون ما بين اللبة واللحين، وقد صرح في ذبائح "الذخيرة" بأن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها؛ لأنه ذبح في غير المذبح؛ لأن المذبح هو الحلقوم. (النهاية)

* رواه الحاكم في "المستدرک" في الذبائح من حديث شعبة عن سليمان عن أبي ظبيان عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافً﴾ قال: قياماً على ثلاثة قوائم معقولة يقول: بسم الله والله أكبر اللهم منك وإليك، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. [٤/٢٣٣]

قوله عليه السلام: "الذكاة ما بين اللَّبَّةِ واللَّحْيَيْنِ"، * ولأنه ^{الحلق} مَجْمَعُ المَجْرَى والعروق، فيحصل بالفعل فيه إنْهَارُ الدم على أبلغ الوجوه، فكان **حكم الكل** سواء. قال: والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة: الحُلُقُوم، والمَرِيءُ، والوَدَجَانُ؛ لقوله عليه السلام: "أَفْرِ الأوداج بما شئت"، ** وهي اسم جمع، وأقلُّه الثلاث، فيتناول المريء والودجين، وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمريء، إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا ^{منطوقاً} ^{بطريق التغليب} المريء والودجين بقطع الحلقوم، فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه، وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمته، ولا يُجوزُ الأكثر منها، بل يَشْتَرِطُ قطع جميعها، وعندنا إن قطعها: حل الأكل، ^{الأربعة} ^{مالك} ^{الأربع}

المجرى: أي مجرى الطعام والماء. (البنية) حكم الكل: أراد به كل الحلق: وسطه وأعلاه وأسفله. [البنية ١٠/٢٦٤] أفر: الفري: القطع للإصلاح، والإفراء الإفساد، بكسر الهمزة ههنا أليق. [الكفاية ٨/٤١٢] فيثبت قطع إلخ: واحتج الشافعي رحمته بأنه جمع الأوداج، وما ثمة إلا الودجان، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح، وهو بقطع الحلقوم والمريء؛ لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما، وهو ضعيف لفظاً ومعنى، أما لفظاً؛ فلأن الأوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمريء أصلاً، وأما معنى؛ فلأن المقصود إسالة الدم النجس، وهو إنما يحصل بقطع مجراه. [العناية ٨/٤١٣] وبظاهر ما ذكرنا: أي بظاهر دلالة اللفظ، وبما يقتضيه، فإن الأوداج جمع وأقله ثلاثة، وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر، فتثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء. [العناية ٨/٤١٣]

* غريب بهذا اللفظ. [نصب الراية ٤/١٨٥] وأخرج الدارقطني في "سننه" عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: بعث رسول الله صلوات الله عليه بديل بن ورقاء الخزاعي على جمل أورك يصح في فجاج منى: "ألا أن الذكاة في الحلق واللبة، ألا ولا تُعجلوا الأنفس أن تزهق، وأيام منى أيام أكل وشرب وبعال". [٤/١٦١، كتاب الأشربة وغيره] وأخرج البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما تعليفاً على الذكاة في الحلق واللبة، وقال ابن حجر: صحيح الإسناد. [إعلاء السنن ١٧/٧٩] ** غريب. [نصب الراية ٤/١٨٥] وأخرج ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن رافع بن خديج قال: سألت رسول الله صلوات الله عليه عن الذبيحة بالليط، فقال: "كل ما فرى الأوداج إلا سن أو ظفر". [٤/٣٨٩، باب إذا أضر الدم فكل ما خلا سناً أو عظماً]

وإن قطع أكثرها: فكذلك عند أبي حنيفة رحمته، وقالوا: لا بد من قطع الحلقوم والمريء ^{الثلاث} وأحد الودجين، قال رضي الله عنه: هكذا ذكر القدوري رحمته الاختلاف في مختصره، والمشهور في كتب مشايخنا رحمته أن هذا قول أبي يوسف رحمته وحده، وقال: في "الجامع الصغير": وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج: لم يؤكل، وإن قطع الأكثر من الأوداج والحلقوم قبل أن يموت: أكل، ولم يحك خلافاً، فاختلفت الرواية فيه. والحاصل: أن عند أبي حنيفة رحمته إذا قطع الثلاث أي ثلاث كان يحل، وبه كان يقول أبو يوسف رحمته أولاً ثم رجع إلى ما ذكرنا. وعن محمد رحمته أنه يُعتبر أكثر كل فرد، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمته؛ لأن كل فرد منها أصل بنفسه؛ لانفصاله عن غيره، ولورود الأمر ^{الأربعة} بفريه، فيعتبر أكثر كل فرد منها. ولأبي يوسف رحمته: أن المقصود من قطع الودجين ^{الأربعة} إتهار الدم، فينوب أحدهما عن الآخر؛ إذ كل واحد منهما مجرى الدم، أما الحلقوم ^{إسالة} فيخالف المريء، فإنه مجرى العلف والماء، والمريء مجرى النفس، فلا بد من قطعهما. ولأبي حنيفة رحمته: أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام، وأي ثلاث قطعها، فقد قطع الأكثر منها، وما هو المقصود يحصل بها، وهو إتهار الدم المسفوح، ^{الثلاث} ^{الأربعة}

هذا قول أبي يوسف إلخ: أي أن قوله: لا بد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين قول أبي يوسف رحمته وحده. [البنية ٦٦٧/١٠] ولم يحك خلافاً: أي في "الجامع الصغير" لم يحك خلافاً في هذه المسألة. (البنية) ما ذكرنا: وهو قوله: لا بد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين. (البنية) فيعتبر أكثر: أي من الأربعة، وللاكثر حكم الكل. [البنية ٦٦٨/١٠] مجرى العلف [هذا ليس بجيد، والحق عكسه] والماء: قيل: هذا عكس، بل الحلقوم مجرى النفس، والمريء مجرى العلف، وهكذا في "الإيضاح"، وذكر في "المغرب" المريء: مجرى الطعام والشراب. (النهاية)

والتوحية في إخراج الروح؛ لأنه لا يحیی بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، ويخرج الدم بقطع أحد الودجين، فيكتفى به؛ تحرزاً عن زيادة التعذيب، بخلاف ما إذا قطع النصف؛ لأن الأكثر باقٍ، فكأنه لم يقطع شيئاً؛ احتياطاً لجانب الحرمة. قال: ويجوز الذبح بالظفر والسنّ والقرن إذا كان منزوعاً، حتى لا يكون بأكله بأس، إلا أنه يكره هذا الذبح، وقال الشافعي رحمه الله: المذبوح ميتة؛ لقوله عليه السلام: "كل ما أهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسنّ فإنهما مدى الحبشة،*"

والتوحية: [يقال: موت وحي وذكاة وحية أي سريعة، والقتل بالسيف أوحى أي أسرع، كذا في "المغرب"] أي الإسراع والتعجيل. [البنية ١٠/٦٦٩] بخلاف ما إذا قطع إخ: يريد به لما كان الرجحان لجانب التحريم كان للنصف الباقي حكم الأكثر، ويحتمل أن يريد أن الأكثر من الثلاث القائم مقام الأربع باقٍ، فإنه إذا ترك الاثنين غير مقطوع يكون الباقي أكثر ما شرط قطعه للحل، وهو الثلاث. [الكفاية ٨/٤١٤] لم يقطع شيئاً إخ: [دليل لبقاء الأكثر] لأن الاثنين لما كانا باقين كان أكثر للخص، وهو الثلاثة باقياً، فلا يحل، وقيل: لما كان جانب الحرمة مرجحاً كان للنصف الباقي حكم الأكثر، فكأنه لم يقطع شيئاً وربما لوح لهذا بقوله: احتياطاً لجانب الحرمة أي لأجل الاحتياط لجانب الحرمة. [البنية ١٠/٦٧٠] احتياطاً إخ: هذا جواب عن النقض بمنع وجود العلة تقديراً، وتقرير النقض: أنه لا يحیی بعد قطع مجرى النفس فقط مثلاً، وقطع أحد الودجين مع أنه لا يحل، وتقرير الجواب: أن العلة لم توجد حكماً احتياطاً لجانب الحرمة مع وجود التعارض ظاهراً بين النصف المقطوع، فرجحنا المحرم احتياطاً. والسن: استثناهما بالإطلاق عما يجوز أكله، فيتناول الحرمة بالنزوع والقائم. (العناية) فإنهما مدى الحبشة: فإنهم لا يقلمون الأظفار، ويحددون الأسنان، ويقاثلون بالخدش والعض. [العناية ٨/٤١٤]

* هو ملفق من حديثين. [نصب الراية ٤/١٨٦] فأخرجه البخاري في "صحيحه" عن عباية بن رفاع عن جده رافع قال: إنا نرجو - أو نخاف - أن نلقى العدو غداً، وليس معنا مدى، أفندبح بالقصب؟ فقال: ما أهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكل، ليس السن والظفر، وسأحدثكم عن ذلك: أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة، مختصر. [رقم: ٣٠٧٥، باب ما يكره من ذبح الإبل والغنم في المغام] =

ولأنه فعل غير مشروع، فلا يكون ذكاةً كما إذا ذبح بغير المنزوع. ولنا: قوله عليه السلام:
 "أنهر الدم بما شئت" * ويروى: "أفر الأوداج بما شئت"، وما رواه محمول على غير المنزوع،
 فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك، ولأنه آلة جارحة، فيخص به ما هو المقصود - وهو
 إخراج الدم - وصار كالحجر والحديد، بخلاف غير المنزوع؛ لأنه يقتل بالثقل، فيكون
 في معنى المنخقة، وإنما يُكره؛ لأن فيه استعمال جزء الآدمي، ولأن فيه إفساراً على
 الحيوان، وقد أمرنا فيه بالإحسان. قال: ويجوز الذبح بالليطة والمرورة،
الظفر والسن المتصلين بموضعهما هذا الفعل وفي إهائنه القُدوري

ولأنه فعل إلخ: أي ولأن الذبح بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع. [البنية ٦٧١/١٠ - ٦٧٢]
 ولنا قوله عليه السلام: وهو بإطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره، وإنما تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي عليه السلام،
 فإن فيه دلالة على ذلك، وهو قوله عليه السلام: "فإنها مدى الحبشة"، وهذا معنى قوله: وما رواه إلخ. [العناية ٤١٤/٨]
 ولأنه [أي الظفر والسن والقرن] آلة: جواب عن دليله المعقول، وتقريره: أنا لا نسلم أن إتهار الدم
 بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع، فإنه أي كل واحد منهما آلة إلخ. [العناية ٤١٥/٨]
 بخلاف: أي بخلاف غير المنزوع، فإنه يوجب الموت بالثقل مع الحدة، فتصير الذبيحة في معنى المنخقة.
 لأنه يقتل: أي لأنه يوجب الموت بالفراة مع الحدة. [البنية ٦٧٣/١٠] فيكون: المذبوح بغير المنزوع.
 بالإحسان: أي والحال أننا قد أمرنا في ذبح الحيوان بالإحسان على ما يجيء، وهذا تعليل يشمل
 الكل. (البنية) بالليطة: الليطة وهو قشر القصب. (البنية) والمرورة: وهو حجر أبيض رقيق يذبح به
 كالسكين. [البنية ٦٧٤/١٠]

= والثاني: ما أخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن رافع بن خديج قال: سألت رسول الله ﷺ عن الذبيحة
 بالليط، فقال: "كل ما فرى الأوداج إلا سن أو ظفر". [٣٨٩/٥] باب إذا أهر الدم فكل ما خلا سناً أو عظماً
 * أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه. [نصب الراية ١٨٧/٤] أخرجه أبو داود في "سننه" عن عدي بن
 حاتم قال: قلت: يا رسول الله ﷺ أرأيت أن أهدنا أصاب صيداً وليس معه سكين أذبح بالمرورة وشقة
 العصا، فقال: "أمرر الدم بما شئت، واذكر اسم الله عز وجل". [رقم ٢٨٢٤] باب في الذبيحة بالمرورة

وكل شيء ^{أسأل} أنهر الدم، إلا السنَّ القائم، والظفر القائم، فإن المذبوح بهما ميتة؛ لما بينا، ونصَّ محمد عليه السلام في "الجامع الصغير" على أنها ميتة؛ لأنه وجد فيه نصًّا، ^{حديثاً} وما لم يجد فيه نصًّا يحتاط في ذلك، فيقول في الحل: لا بأس به، وفي الحرمة يقول: يُكره، أو لم يؤكل. قال: ^{القدوري} ويُستحب أن يحدَّ الذابح شفرته؛ لقوله عليه السلام: "إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القِتْلَةَ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذَّبْحَةَ، وليحدَّ أحدكم شفرته وليرَحْ ذبيحته". * ويكره أن يضجعها، ثم يحدَّ الشفرة؛ لما روي عن النبي عليه السلام: أنه رأى رجلاً أضجع شاةً وهو يحدُّ شفرته، فقال: "لقد أردت أن تميتها موتات،

لما بينا: إشارة إلى قوله: لأنه يقتل بالنقل، فيكون في معنى المنخفة. [العناية ٤١٥/٨] القِتْلَةُ: بكسر القاف وهي: الهيئة والحالة. (البنية) الذَّبْحَةُ: بكسر الدال، وهي الهيئة والحالة. (البنية) ويكره أن يضجعها إلخ: ذكره تفريعاً في مسألة "القدوري". [البنية ٦٧٥/١٠] لقد أردت [كأن الشاة تموت إذا رأت تحديد الذابح شفرته مرة، وبالذبح مرة أخرى] أن إلخ: قيل: إنما يكون ذلك إذا علم المقصود بالذبح أن التحديد لذبحه، وليس كذلك؛ لأن المذبوح لا عقل له، وهو مع كونه سوء أدب ساقط؛ لأن الوهم في ذلك كافٍ، وهو موجود فيه، والعقل يحتاج إليه لمعرفة الكليات، وما نحن فيه ليس منها. [العناية ٤١٥/٨] تميتها موتات: ذكر في "المبسوط" في هذه المسألة: أنها تعرف ما يراد بها كما جاء في الخبر أجهت البهائم إلا عن أربعة، خالقها ورازقها وحنفها وفسادها، فإذا كانت تعرف ذلك، وهو يحد الشفرة بين يديها كان فيه زيادة إيلاام غير محتاج إليه. [الكفاية ٤١٥/٨]

* أخرجه الجماعة إلا البخاري. [نصب الراية ١٨٧/٤] أخرجه مسلم عن شداد بن أوس رضي الله عنه قال: ثنتان حفظتهما عن رسول الله ﷺ، قال: "إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القِتْلَةَ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذَّبْحَةَ، وليحدَّ أحدكم شفرته فليرح ذبيحته". [رقم: ١٩٥٥، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة]

هَلَا حَدَدْتُهَا قَبْلَ أَنْ تُضَجَّعَهَا.* قَالَ: وَمَنْ بَلَغَ بِالسَّكِينِ النَّخَاعَ، أَوْ قَطَعَ الرَّأْسَ: كُرِّهَ لَهُ ذَلِكَ، وَتَوَكَّلْ ذَبِيحَتَهُ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: "قَطَعَ" مَكَانَ "بَلَغَ"، وَالنَّخَاعُ: عِرْقٌ أَيْضٌ فِي عَظْمِ الرِّقْبَةِ. أَمَّا الْكَرَاهَةُ؛ فَلَمَّا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: أَنَّهُ نَهَى أَنْ تُنَخَّعَ الشَّاةُ إِذَا ذُبِحَتْ،** وَتَفْسِيرُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقِيلَ: مَعْنَاهُ أَنْ يَمُدَّ رَأْسَهُ حَتَّى يَظْهَرَ مَذْبُوحُهُ، وَقِيلَ: أَنْ يَكْسِرَ عُنُقَهُ قَبْلَ أَنْ يَسْكُنَ مِنَ الْاضْطِرَابِ، وَكُلُّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، وَفِي قَطْعِ الرَّأْسِ زِيَادَةٌ تَعْذِيبُ الْحَيَّوانِ بِلا فَائِدَةٍ، وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ. وَالْحَاصِلُ: أَنَّ مَا فِيهِ زِيَادَةٌ إِيْلَامٍ لَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الذِّكَاةِ مَكْرُوهٌ،

النَّخَاعُ: بِالْفَتْحِ وَالْكَسْرِ وَالضَّمِّ لُغَةٌ فِيهِ، فَسَرَهُ الْمُصَنِّفُ بِأَنَّهُ عِرْقٌ أَيْضٌ فِي عَظْمِ الرِّقْبَةِ، وَنَسَبَهُ صَاحِبُ "النِّهَايَةِ" إِلَى السَّهْوِ، وَقَالَ: هُوَ خَيْطٌ أَيْضٌ فِي جَوْفِ عَظْمِ الرِّقْبَةِ يَمْتَدُّ إِلَى الصُّلْبِ، وَرَدَّ بِأَنَّهُ بَدَنُ الْحَيَّوانِ مُرَكَّبٌ مِنْ عِظَامٍ وَأَعْصَابٍ وَعُرُوقٍ، هِيَ شَرَائِيسٌ وَأَوْتَارٌ، وَمَا ثَمَّةُ شَيْءٍ يُسَمَّى بِالْخَيْطِ أَصْلًا. [العناية ٤١٥/٨-٤١٦] مَا ذَكَرْنَاهُ: أَرَادَ بِهِ قَوْلَهُ: مَنْ بَلَغَ بِالسَّكِينِ النَّخَاعَ. (الْبَنَاءُ) وَكُلُّ ذَلِكَ: أَشَارَ بِهِ إِلَى التَّفَاسِيرِ الثَّلَاثَةِ. (الْبَنَاءُ) وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ: أَيُّ تَعْذِيبِ الْحَيَّوانِ بِلا فَائِدَةٍ مَنْهِيٌّ عَنْهُ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْآثَارِ الْمَذْكُورَةِ. [الْبَنَاءُ ١٠/٦٧٨]

* أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي "الْمُسْتَدْرَكِ" عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أَنَّ رَجُلًا أَضْجَعَ شَاةً يَرِيدُ أَنْ يَذْبَحَهَا، وَهُوَ يَحْدُ شَفْرَتَهُ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: "أَتُرِيدُ أَنْ تَمِيتَهَا مَوْتَاتٍ، هَلَا حَدَدْتَ شَفْرَتَكَ قَبْلَ أَنْ تُضَجَّعَهَا"، وَقَالَ: حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الْبُخَارِيِّ، وَلَمْ يَخْرُجْاهُ. [كتاب الضحايا، ٢٣١/٤]

** غَرِيبٌ، وَمَعْنَاهُ مَا رَوَاهُ الطَّبْرَانِيُّ فِي "مَعْجَمِهِ" حَدَّثَنَا أَبُو خَلِيفَةَ الْفَضْلُ بْنُ الْحَبَابِ ثَنَا أَبُو الْوَلِيدِ الطَّبَالْسِيُّ ثَنَا عَبْدُ الْحَمِيدِ بْنُ هَرَامٍ عَنْ شَهْرِ بْنِ حَوْشَبٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الذَّبِيحَةِ أَنْ تَفْرَسَ، وَرَوَاهُ ابْنُ عَدِيٍّ فِي الْكَامِلِ، وَأَعْلَاهُ بِشَهْرٍ، وَقَالَ: إِنَّهُ مِمَّنْ لَا يَحْتَجُ بِحَدِيثِهِ وَلَا يَتَدِينُ بِهِ. [نصب الراية ١٨٨/٤-١٨٩] وَثَقَهُ أَحْمَدُ وَابْنُ مَعِينٍ وَيَعْقُوبُ بْنُ شَيْبَةَ وَيَعْقُوبُ بْنُ سَفْيَانَ وَالْعَجَلِيُّ، وَرَوَى عَنْهُ مُسْلِمٌ، وَأَصْحَابُ السَّنَنِ الْأَرْبَعَةِ. [تهذيب التهذيب ٤/٣٢٤-٣٢٥]

ويكره أن يجز ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح، وأن تُنخع الشاة قبل أن تبرد - يعني أي يكسر عنها تسكن من الاضطراب - وبعده لا ألم، فلا يكره النخع والسلخ، إلا أن الكراهة لمعنى زائد، وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده، فلا يوجب التحريم، فهذا قال: ^{القدوري} تؤكل ذبيحته. قال: وإن ذبح الشاة من قفاها، فبقيت حية حتى قطع العروق: ^{القدوري} حل؛ لتحقيق الموت بما هو ذكاة، ويكره؛ لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة، فصار كما إذا جرحها، ثم قطع الأوداج، وإن ماتت قبل قطع العروق: لم تؤكل؛ لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها. قال: وما استأنس من الصيد: فذكاته الذبح، وما توحش من النعم: فذكاته العقر والجرح؛

ويكره أن يجز: لما روى البيهقي عن عبد الرحمن بن حماد حدثنا ابن عون عن ابن سيرين رضي الله عنه أن رجلاً رآه عمر رضي الله عنه يجز شاة ليدبحها فضربه بالدرة، وقال: سقها لا أم لك إلى الموت سَوْقاً جميلاً. [البنية ١٠/٦٧٩] إلا أن الكراهة إلخ: أي كراهة هذا الفعل أي حرمة معنى زائد أي عارض، فلا يوجب هذا التحريم تحريم المذبح، ولو قال: إلا أن النهي لمعنى في غيره لكان أظهر.

ويكره: أي يكره هذا الذبح؛ لأن فيه زيادة الألم، وما في بعض الشروح: ويكره أكلها فخطأ؛ لأنه لا ينطبق عليه الدليل. فذكاته العقر: أي وذكاة الوحشي العقر والجرح كيفما اتفق. [البنية ١٠/٦٨١]

*حديث النهي عن تعذيب الحيوان تقدم في النفقات. [نصب الراية ٤/١٨٩] أخرجه أبو داود في "سننه" حدثنا عثمان بن أبي شيبة حدثنا جرير عن الأعمش عن المعرور بن سويد. قال: رأيت أبا ذر رضي الله عنه بالبذة، وعليه برؤ غليظ وعلى غلامه مثله، قال: فقال القوم: يا أبا ذر لو كنت أخذت الذي على غلامك فجعلته مع هذا، فكانت حلة وكسوت غلامك ثوباً غيره، قال: فقال أبو ذر: إني كنت سايت رجلاً وكانت أمه أعجمية فغيرته بأمه، فشكاني إلى رسول الله ﷺ، فقال: "يا أبا ذر إنك امرؤ فيك جاهلية، قال: إنهم إخوانكم فضلكم الله عليهم، فمن لم يلائمكم فبيعوه، ولا تعذبوا خلق الله". [رقم: ٥١٥٧، باب في حق المملوك]

لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مرّ،
والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول. وكذا ما تردّي من النعم في بئر ووقع
العجز عن ذكاة الاختيار؛ لما بينا، وقال مالك رحمته لا يحلّ بذكاة الاضطرار في
الوجهين؛ لأن ذلك نادر، ونحن نقول: المعتبر حقيقة العجز، وقد تحقق، فيصار إلى
البدل، كيف وأنا لا نسلم الندرة بل هو غالب؟ وفي الكتاب أطلق فيما توحش من
النعم. وعن محمد رحمته أن الشاة إذا نذت في الصحراء فذكاها العقر، وإن نذت في
المِصر لا تحلّ بالعقر؛ لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المِصر، فلا عجز،
والمِصر وغيره سواء في البقر والبعير؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما، فلا يقدر على
أخذهما، وإن نذّا في المِصر فيتحقق العجز، والصّيال كالتدّ إذا كان لا يقدر على
أخذه، حتى لو قتله المِصُول عليه وهو يريد الذكاة: حلّ أكّله. قال: والمستحب في
الإبل النحر، فإن ذبحها: جاز ويكره، والمستحب في البقر والغنم: الذبح،

على ما مرّ: أشار به إلى قوله: "والثاني كالبدل من الأول". (البنية) لما بينا: وهو قوله: لأن ذكاة
الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز. [الكفاية ٤١٥/٨] في الوجهين: يعني في استئناس الصيد
وتوحش النعم، وبقوله قال الليث وربيعه. (البنية) لأن ذلك نادر: فلا يتغيّر عن حكمه الأصلي. (البنية)
بل هو غالب: يدل عليه قوله عليه: إن لها أوابد كأوابد الوحش، يعني أن لها توحش كتوحش
الوحش، فقد اعتبر التوحش. [البنية ٦٨١/١٠] لأنهما يدفعان إلخ: لأن البقر يدفع بقرنه، والبعير
بشفره ونابه، ويخاف القتل منهما، فيقع العجز عن ذكاة الاختيار فيهما. [البنية ٦٨٣/١٠]
النحر: وهو قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر، والذبح قطع العروق في أعلى العنق تحت
الليثين. [الكفاية ٤١٦/٨-٤١٧]

فإن نحرهما: جاز ويكره، أما الاستحباب؛ فلموافقة السنّة المتوارثة، ولا اجتماع العروق فيها في المنحر، وفيهما في المذبح، والكرهية لمخالفة السنّة، وهي لمعنى في الإبل البقر والغنم غيره، فلا تمنع الجواز والحل، خلافاً لما يقوله مالك رحمته الله: إنه لا يحل. قال: ومن نحر ناقة، أو ذبح بقرة، فوجد في بطنها جنيناً ميتاً: لم يؤكل أشعر أو لم يشعر، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمتهما الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمتهما الله: إذا تمّ خلقه أكل، وهو قول الشافعي رحمته الله؛ لقوله عليه السلام: "ذكاة الجنين ذكاة أمه"،*

فلموافقة السنّة إلخ: وهي ما رواه البخاري في "صحيحه" بإسناده عن أنس رضي الله عنه قال: نحر رسول الله صلّى الله عليه وآله سبع بدئات بيده قياماً، وذبح بالمدينة كبشين أملحين أقرنين. [البنية ٦٨٤/١٠] لمعنى في غيره: أي في غير الذبح والنحر لمخالفته السنّة لا لذات ذبح ما ينحر. (البنية) أو لم يشعر: لم يشعر الجنين إذا لم ينبت شعره مثلاً أعشب المكان إذا نبت عشب. [البنية ٦٨٥/١٠]

وقال أبو يوسف إلخ: وفي "المبسوط": إلا أنه روي عن محمد إنما يؤكل الجنين إذا أشعر وتمت خلقته، فأما ما قبل ذلك فهو بمنزلة المضغة فلا يؤكل، وبه قال مالك والليث وأبو ثور رحمهم الله. [البنية ٦٨٥/١٠] ذكاة الجنين: أي ذكاة الأم نائبة عن ذكاة الجنين كما يقال: لسان الوزير لسان الأمير، وبيع الوصي بيع اليتيم. [الكفاية ٤١٧/٨] ذكاة أمه: والجواب عن هذا الحديث أنه لا للاستدلال؛ لأنه روي ذكاة أمه بالرفع والنصب، فإن كان منصوباً، فلا إشكال أنه تشبيه، وإن كان مرفوعاً فكذلك؛ لأنه أقوى في التشبيه من الأول، عرف ذلك في علم البيان، قيل: ومما يدل على ذلك تقدم ذكاة الجنين كما في قوله: وعيناك عيناها وجيدك جيدها، سوى أن عظم الساق منك دقيق. [العناية ٤١٧/٨]

* روي من حديث أبي سعيد الخدري، ومن حديث جابر، ومن حديث أبي هريرة، ومن حديث ابن عمر، ومن حديث أبي أيوب، ومن حديث ابن مسعود، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث كعب بن مالك، ومن حديث أبي الدرداء، وأبي أمامة، ومن حديث علي. [نصب الراية ١٨٩/٤] أخرجه الترمذي في "جامعه" عن أبي الوداك عن أبي سعيد أن النبي صلّى الله عليه وآله قال: "ذكاة الجنين ذكاة أمه"، قال الترمذي: حديث حسن صحيح. [رقم: ١٤٧٦، باب ما جاء في ذكاة الجنين]

ولأنه جزء من الأم حقيقة؛ لأنه متصل بها حتى يفصل بالمقراض، ويتغذى بغذائها،
 ويتنفس بتنفسها، وكذا حكماً حتى يدخل في البيع الوارد على الأم، ويعتق بإعتاقها،
 وإذا كان جزءاً منها، فالجرح في الأم ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد.
 وله: أنه أصل في الحياة حتى تُتصوّر حياته بعد موتها، وعند ذلك يُفرد بالذكاة، ولهذا
 يفرد بإيجاب الغرة، ويعتق بإعتاق مضاف إليه، وتصح الوصية له وبه، وهو حيوان
 دموي، وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم؛
 إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه، فلا يجعل تبعاً في حقه، بخلاف الجرح في الصيد؛
 لأنه سبب لخروجه ناقصاً، فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر، وإنما يدخل في البيع
 تحرياً لجوازه كيلاً يفسد باستثنائه، ويعتق بإعتاقها؛ كيلاً ينفصل من الحرّة ولد رقيق.

وكذا حكماً: أي وكذا جزء من الأم حكماً من حيث الحكم. (البنية) كما في الصيد: إذا لم يوجد
 القدرة على ذكاة الاختيار اكتفى بذكاة الاضطرار، وهي الجرح في أي موضع كان. (البنية)
 بإيجاب الغرة: يعني إذا أتلّف الأم ومات الجنين من ذلك يضمن التالف دية الأم وغرة الجنين، ولو كان جزء
 الأم لكان بمنزلة اليد والرجل، ولا يجب في هذه الأعضاء شيء بعد إيجاب الدية. [البنية ٦٨٨/١٠]
 تبعاً في حقه: أي فلا يجعل الجنين تبعاً لأمه في حق خروج الدم. (البنية) بخلاف الجرح إلخ: هذا جواب
 عن قولهما: كما في الصيد، تقريره: أن يقال: إن القياس على الصيد غير صحيح؛ لأن أصل الجرح وجد
 في الصيد. [البنية ٦٨٩/١٠] كيلاً يفسد: فإنه لو لم يدخل في بيع الأم كان ذلك بمنزلة استثناء الولد
 من بيع الأم، وأنه مفسد بيع الأم، فيدخل الولد في بيع الأم؛ تحرياً لجواز بيع الأم. [الكفاية ٤١٧/٨]
 ويعتق بإعتاقها: يعني أن عتقه عند إعتاق الأم بطريق السراية عن الأم، والسراية مخصوصاً بالصفات
 الشرعية، وكونها مذكي من الصفات الحقيقية وقائم مقام ذكاة الاختيار ما هو خلف عنها، وهو ما يفيد
 مقصودها بوصف المقصود عنها في إفادته، وهو الجرح المدمي، ولهذا لو أصاب السهم الظلف أو القرن،
 فمات لا يحل؛ لعدم الجرح، وأما قولهم: أنه يتغذى بغذاء الأم، قلنا: لا نسلم، بل يقيه الله تعالى في بطن
 الأم عن غير غذاء، أو يوصل الله تعالى الغذاء إليه كيف شاء. [الكفاية ٤١٧/٨]

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

قال: ولا يجوز أكل ذِي ناب من السباع، ولا ذِي مِخْلَبٍ من الطيور؛ لأن النبي ﷺ: "نهى عن أكل كل ذِي مِخْلَبٍ من الطيور، وكل ذِي ناب من السباع"،* وقوله: "من السباع" ذَكَرَ عقب النوعين، فينصرف إليهما، فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كلَّ ماله مِخْلَبٌ، أو ناب.

فصل إلخ: لما ذكر أحكام الذبائح وما يتعلق بها ذكر في هذا الفصل المأكول منها وغير المأكول؛ إذ المقصود الأصلي من شرعية الذبح هو التوصل إلى الأكل، وقدم الذبائح؛ لأنه ذكر في "المبسوط": أن شرط حل تناول فيما يحل من الحيوانات: الذكاة؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾، فالشرط يقدم على المشروط. (النهاية) ذِي ناب: الناب من الأسنان مما يلي الرباعيات. [الكفاية ٤١٨/٨]

ذِي مِخْلَبٍ: المِخْلَبُ للطير كالظفر للإنسان. (الكفاية) **فينصرف إليهما:** أي إلى النوعين المذكورين في الحديث، لا إلى أحدهما، وإذا انصرف إليهما صار تقرير الحديث كأنه قال: نهى عن كل ذِي مِخْلَبٍ من السباع الطير، ونهى عن أكل كل ذِي ناب من السباع، فيكون المحرم بهذا الحديث كل ذِي مِخْلَبٍ من سباع الطير لا كل طير له مِخْلَبٍ، وكل ذِي ناب من السباع لا كل حيوان له ناب.

كل ما له مِخْلَبٍ: فالحمامة لها مِخْلَبٍ، والبعير له ناب، والبقر كذلك، وقالوا: المراد بالناب والمِخْلَب ما هو سلاح منهما، بأن يصيد بهما، فذو الناب من السباع الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البري والأهلي، وذو المِخْلَب من الطير الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين، والمؤثر في الحرمة الإيذاء، فهو تارة يكون بالناب، وتارة يكون بالمِخْلَب، أو الخبث، وهو قد يكون خلقة كما في الحشرات والهوام، وقد يكون بعارض كما في الجلالة. [الكفاية ٤١٨/٨]

* روي من حديث ابن عباس، ومن حديث خالد بن الوليد، ومن حديث علي. [نصب الراية ١٩٢/٤] أخرجه مسلم في "صحيحه" عن ميمون بن مهران عن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن كل ذِي ناب من السباع، وعن كل ذِي مِخْلَبٍ من الطير. [رقم: ١٩٣٤، باب تحريم أكل كل ذِي ناب من السباع، وكل ذِي مِخْلَبٍ من الطير]

وَالسَّبْعُ: كُلُّ مُخْتَطَفٍ مَنْتَهَبٍ جَارِحٍ قَاتِلٍ عَادٍ عَادَةً، وَمَعْنَى التَّحْرِيمِ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - :
 كَرَامَةُ بَنِي آدَمَ؛ كَيْلَا يَعْدُو شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَوْصَافِ الذَّمِيمَةِ إِلَيْهِمْ بِالْأَكْلِ، وَيَدْخُلُ فِيهِ
 الضَّبْعُ وَالتَّغْلِبُ، فَيَكُونُ الْحَدِيثُ حُجَّةً عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي إِبَاحَتِهِمَا، وَالْفِيلُ
 ذُو نَابٍ فِيكَرُهُ، وَالْيَرُبُوعُ وَابْنُ عُرْسٍ مِنَ السَّبْعِ الْهُوَامِ، وَكَرَهُوا أَكْلَ الرَّخَمِ وَالْبَغَاثِ؛
 لِأَنَّهُمَا يَأْكُلَانِ الْجِيفَ. قَالَ: وَلَا بَأْسَ بِغُرَابِ الزَّرْعِ؛ لِأَنَّهُ يَأْكُلُ الْحَبَّ وَلَا يَأْكُلُ الْجِيفَ،
 وَلَيْسَ مِنْ سَبْعِ الطَّيْرِ. قَالَ: وَلَا يُؤْكَلُ الْأَبْقَعُ الَّذِي يَأْكُلُ الْجِيفَ، وَكَذَا الْغُدَافُ،
 الْقُدُورِيُّ

وَالسَّبْعُ كُلُّ إِيحٍ: وَإِنَّمَا عَدَّ هَذِهِ الْأَوْصَافَ لِيَتَنَبَّهَ عَلَيْهَا قَوْلُهُ: كَيْلَا يَعْدُو شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَوْصَافِ الذَّمِيمَةِ
 إِلَيْهِمْ. (الكفاية) كُلُّ مُخْتَطَفٍ إِيحٍ: مِنْ عَدَا عَلَيْهِ عَدَوَانًا، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْإِخْطَافِ وَالِانْتِهَابِ: أَنَّ الْإِخْطَافَ
 مِنْ فِعْلِ الطَّيْرِ، وَالِانْتِهَابَ مِنْ فِعْلِ سَبْعِ الْبَهَائِمِ فِي "الْبَسُوطِ" قَالَ: فَالْمُرَادُ بِذِي الْخُطْفَةِ: مَا يَخْطَفُ بِمَخْلَبِهِ مِنْ
 الْهَوَاءِ كَالْبَازِي وَالْعِقَابِ، وَمِنْ ذِي النِّهْبَةِ: مَا يَنْتَهَبُ بِنَابِهِ مِنَ الْأَرْضِ كَالْأَسَدِ وَالذِّئْبِ. [العناية ٤١٨/١٠]
 كَيْلَا يَعْدُو شَيْءٌ: لَمَّا أَنَّ لِلْغَدَاةِ مِنَ الْأَثَرِ فِي ذَلِكَ، قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: "لَا يَرْضَعُ لَكُمْ الْحُمَقَاءُ، فَإِنَّ اللَّبَنَ
 يَغْذِي". (الكفاية) الضَّبْعُ وَالتَّغْلِبُ: لِأَنَّ لهُمَا نَابًا يَقَاتِلَانِ بِهِ، فَلَا يُؤْكَلُ لِحُمَاهُمَا كَالذِّئْبِ. [الكفاية ٤١٨/٨]
 الْحَدِيثُ حُجَّةٌ: وَهُوَ مَا رَوَى أَنَّهُ سَلَّمَ أَبَاحَ أَكْلَهَا عَمَلًا عَلَى الْإِبْتِدَاءِ. الْهُوَامُ: جَمْعُ الْهَامَةِ، وَهِيَ الدَّابَّةُ
 مِنْ دَوَابِّ الْأَرْضِ. [البنية ٦٩٩/١٠] أَكَلُ الرَّخَمِ [تَسْمَى الرَّخْمَةُ أَكْلُ الْعِظَمِ] وَالْبَغَاثُ: الرَّخَمُ جَمْعُ
 رَحْمَةٍ، وَهِيَ طَائِرٌ أَبْلَقٌ يَشْبَهُ النَّسْرَ فِي الْخَلْقَةِ، يُقَالُ لَهُ: الْأَنْوَقُ، وَالْبَغَاثُ مَا يَصِيدُ مِنْ صَغَارِ الطَّيْرِ وَضِعَافِهِ
 كَالْعَصَافِيرِ وَنَحْوِهَا، الْوَاحِدَةُ بَغَاثَةٌ، وَفِي أَوَّلِهِ الْحَرَكَاتُ الثَّلَاثُ. [الكفاية ٤١٨/٨-٤١٩]
 الْأَبْقَعُ: أَمَّا الْغُرَابُ وَالْأَسَدُ وَالْأَبْقَعُ، فَهُوَ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: نَوْعٌ: يَلْتَقِطُ الْحَبَّ وَلَا يَأْكُلُ الْجِيفَ وَلَيْسَ
 بِمَكْرُوهٍ، وَنَوْعٌ مِنْهُ لَا يَأْكُلُ إِلَّا الْجِيفَ، وَهُوَ الَّذِي سَمَّاهُ الْمُصَنِّفُ الْأَبْقَعُ وَهُوَ الَّذِي يَأْكُلُ الْجِيفَ، وَأَنَّهُ
 مَكْرُوهٌ، وَنَوْعٌ مِنْهُ يَخْلُطُ يَأْكُلُ الْحَبَّ مَرَّةً وَالْجِيفَ أُخْرَى، وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ، وَهُوَ غَيْرُ مَكْرُوهٍ عِنْدَ
 أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَكْرُوهٍ عِنْدَ أَبِي يُونُسَ رَحِمَهُ اللَّهُ. [العناية ٤١٩/٨] وَكَذَا الْغُدَافُ: هُوَ غُرَابُ الْقَيْظِ، وَيَكُونُ
 ضَخْمًا وَافِي الْجَنَاحَيْنِ، وَالْفَاخْتَةُ تَوْكَلُ، وَكَذَلِكَ الدُّبْسِيُّ بَضْمِ الدَّالِ، وَكَذَلِكَ الْخُطَافُ، وَأَمَّا الْخَفَاشُ فَقَدْ
 ذَكَرَ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ أَنَّهُ يُؤْكَلُ، وَقَدْ ذَكَرَ فِي بَعْضِهَا أَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ؛ لِأَنَّ لَهُ نَابًا. (النهاية)

وقال أبو حنيفة رحمته الله: لا بأس بأكل العقعق؛ لأنه يخلط، فأشبهه الدجاجة، وعن أبي يوسف رحمته الله: أنه يكره؛ لأنه غالب أكله الجيف. قال: القدوري ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها، أما الضبع؛ فلما ذكرنا، وأما الضب؛ فلأن النبي صلوات الله عليه هي عائشة رضي الله عنها حين سأله عن أكله،* وهو حجة على الشافعي رحمته الله في إباحته، والزنبور من المؤذيات، والسلحفاة من خبائث الحشرات، ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء، وإنما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب؛ لأنه منها. قال: ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال؛ الضب الحشرات القدوري

العقعق: طائر معروف أبلق بسواد وبياض أديب يعقعق بصوته يشبه صوت الغين والقاف إذا صات. (البنية ٧٠١/١٠) فأشبه إلخ: قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي: قال أبو يوسف رحمته الله: سألت أبا حنيفة رحمته الله عن العقعق، فقال: لا بأس به، فقلت: إنه يأكل الجيف، فقال: إنه يخلط بشيء آخر، فحصل في قول أبي حنيفة رحمته الله أن ما يخلط لا يكره أكله بدلالة الدجاج. [البنية ٧٠١/١٠]

والحشرات: جمع حشرة، وهي صغار دواب الأرض. (البنية) فلما ذكرنا: أشار به إلى قوله: إلا أنه ذو ناب يدخل فيه الضبع يعني أنه ذوناب، وقد استوفينا الكلام فيه هناك. (البنية) والزنبور من إلخ: لأنه من ذوات السم. (البنية) الحمر الأهلية: قيد بالأهلية؛ لأن في الحمر الوحشية لا خلاف لأحد في إباحتها. [البنية ٧٠٥/١٠]

* غريب. [نصب الراية ١٩٥/٤] وأخرج أبو داود في "سننه" عن إسماعيل بن عياش عن ضمضم بن زرعة عن شريح بن عبيد عن أبي راشد الخبزي عن عبد الرحمن بن شبل أن رسول الله صلوات الله عليه هي عن أكل لحم الضب. [رقم: ٣٧٩٦، باب في أكل الضب] رواية إسماعيل عن الشاميين صحيحة نص عليه البخاري وغيره، وضمضم شامي، فالرواية صحيحة أو حسنة رواه ابن عساكر عن عائشة وعن عبد الرحمن بن شبل وإسناده حسن، قال الحافظ في "الفتح": أخرجه أبو داود بإسناد حسن ولا يغتر بقول الخطابي ليس بذلك. [إعلاء السنن ١٦٠/١٧]

لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه: "أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير"،*
وعن علي رضي الله عنه: "أن النبي ﷺ أهدر المُنْعَةَ وحرّم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر".**
قال: ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمته الله، وهو قول مالك، وقال أبو يوسف ومحمد القدوري
والشافعي رحمته الله: لا بأس بأكله؛ لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن لحوم
الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر.*** ولابي حنيفة رحمته الله: قوله تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ
وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ **خرج مخرج الامتنان، والأكل من أعلى منافعها،**
والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم، ويمتن بأدناها، ولأنه آله إرهاب العدو، فيكره
أكله؛ احتراماً له، ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة؛ ولأن في إباحته تقليل آله الجهاد.

خرج مخرج إلخ: لأنه سقت لبيان المنّة، وقد من علينا بالركوب ولم يبين الأكل، ولو كان مأكولاً لكان
الأولى بيان منفعة الأكل؛ لأنه أعظم وجوه المنافع؛ لأن فيه بقاء النفوس، ولا يليق بحكمة الحكيم العدول عن
بيان أعظم المنافع إلى بيان الأدنى عند إظهار المنّة، وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنه. [الكفاية ٤٢١/٨]
ولهذا: أي ولكونه آله لإرهاب العدو. (البنية) له بسهم إلخ: لأن الفارس إنما يستحق السهمين بواسطة
فرسه. [البنية ٧١٢/١٠]

* أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن بقية. [نصب الراية ١٩٦/٤] أخرجه أبو داود في "سننه" عن
خالد بن الوليد قال: إن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير، وزاد حيوة؛ وكل
ذي ناب من السباع. [رقم: ٣٧٩٠، باب في أكل لحوم الخيل]
** أخرجه البخاري ومسلم. [نصب الراية ١٩٧/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه
أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل لحوم الحمر الأنسية. [رقم: ٤٢١٦، باب غزوة خيبر]
*** أخرجه البخاري في غزوة خيبر، وفي الذبائح، ومسلم في الذبائح. [نصب الراية ١٩٨/٤] أخرجه
البخاري في "صحيحه" عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر،
ورخص في الخيل. [رقم: ٤٢١٩، باب غزوة خيبر]

وحديث جابر معارضٌ بحديث خالد رضي الله عنه، والترجيح للمحرّم. ثم قيل: الكراهة عنده كراهة تحريم، وقيل: كراهة تنزيه. والأول أصح، وأما لبّنه فقد قيل: لا بأس به؛ لأنه ليس في شربه تقليلُ آلة الجهاد. قال: القُدوري ولا بأس بأكل الأرنب؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله أكل منه حين أُهديَ إليه مشويّاً، وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالأكل منه، ولأنه ليس من السباع، ولا من أكلة الجيف، فأشبهه الظبي. * قال: القُدوري وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه: طهر جلده ولحمه إلّا الآدمي والخنزير، فإن الذكاة لا تعمل فيهما. أما الآدمي؛ فلحرمته وكرامته، والخنزير لنجاسته كما في الدِّبَاغ، وقال الشافعي رحمته: الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك؛ لأنّه يؤثر في إباحة اللحم أصلاً، وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً، ولا تبع بدون الأصل، وصار كذبح الجوسي.

والأول أصح: يعني كون الحرمة للتحريم أصح؛ لأنه روي أن أبا يوسف رحمته سأل أبا حنيفة رحمته إذا قلت في شيء: أكرهه فما رأيك فيه، قال: التحريم. [العناية ٤٢١/٨] ليس في شربه إلخ: وفي "الخلاصة": وهو الأصح، قال الكاكي: وعن هذا قيل: أكله حلال في هذا الزمان في ديار البر؛ لأن البر لم يبق. [البنية ٧١٦/١٠] جلده ولحمه: وفي رواية: لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه والجلد يطهر، وهو الصحيح. كما في الدِّبَاغ: أي كما في حكم الدِّبَاغ، فإن الدِّبَاغ يطهر جلد كل حيوان إلّا الآدمي لكرامته لا يستعمل. [البنية ٧١٩/١٠] كذبح الجوسي: حيث لا يفيد إباحة الأكل ولا غيره، وكذا ذبح الوثني. (البنية) * كأنهما حديثان. [نصب الراية ١٩٩/٤] الأول أخرجه البخاري في "صحيحه" عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: أنفخنا أرنباً بمرّ الظهران فسعوا عليها حتى لغبوا فسعيتُ عليها حتى أخذتها، فجئت بها إلى أبي طلحة، فبعث إلى النبي صلى الله عليه وآله بوركتيها أو فخذيتها فقبله. [رقم: ٥٤٨٩، باب ما جاء في التصيد] وأخرجه النسائي عن أبي هريرة قال: جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وآله بأرنب قد شواها فوضعها بين يديه، فأمسك رسول الله صلى الله عليه وآله فلم يأكل وأمر القوم أن يأكلوا... إلى آخر الحديث. [رقم: ٤٣١٠، باب الأرنب]

ولنا: أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة، وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم، فإذا زالت طهر كما في الدبّاغ، وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم، وفعل المجوسي إماتة في الشرع فلا بد من الدبّاغ، وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له، وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل؟ قيل: لا يجوز؛ اعتباراً بالأكل، وقيل: يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميته - والزيت غالب - لا يؤكل، وينتفع به في غير الأكل. قال: ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك، وقال مالك رحمته، وجماعة من أهل العلم: بإطلاق جميع ما في البحر، واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان، وعن الشافعي رحمته أنه أطلق ذلك كله، والخلاف في الأكل والبيع واحد، لهم: قوله تعالى: ﴿أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ جميع ما في البحر من غير فصل، وقوله عليه السلام في البحر: "هو الطهور ماؤه والحل ميتته"،* بين صيد وصيد

فإذا زالت: أي تلك الرطوبات والدماء السيالة النجسة. (البناءة) مقصود في الجلد: هذا جواب عن قول الشافعي رحمته: إن تأثر الذكاة في إباحة اللحم أصل، وفي طهارة اللحم والجلد تبع، فقال: هذا أي الطهارة حكم مقصود في الجلد. (البناءة) وفعل المجوسي إلخ: هذا جواب عن قياس الشافعي رحمته، تقريره: أن ذبح المجوسي ليس بمشروع، فيكون إماتة. [البناءة ٧٢٠/١٠]

في الشرع: لأنه ليس على الوجه المشروع، واختلفوا في أن الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه بمجرد الذبح، أو الذبح مع التسمية، قال بعضهم: بمجرد الذبح، وقال بعضهم: بل الذبح مع التسمية؛ لأن المطهر هو الذكاة، وهي عبارة عن الذبح مع التسمية. [الكفاية ٤٢١/٨ - ٤٢٢] والخلاف في الأكل إلخ: أي الخلاف المذكور بيننا وبين مالك رحمته وجماعة، والشافعي رحمته سواء في جواز الأكل وجواز البيع. [البناءة ٧٢٢/١٠]

*تقدم في الطهارة. [نصب الراية ٢٠١/٤] أخرجه أبوداود في "سننه" عن أبي هريرة يقول: سأل رجل رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله ﷺ إنا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء، فإن توضأنا به عطشنا أفنتوضأ بماء البحر، فقال رسول الله ﷺ: هو الطهور ماؤه والحل ميتته. [رقم: ٨٣، باب الوضوء بماء البحر]

ولأنه لا دم في هذه الأشياء؛ إذ الدموي لا يسكن الماء، والمحرّم هو الدم، فأشبهه السمك. قلنا: قوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ ^{البحرية}، وما سوى السمك خبيث، ونهى رسول الله ﷺ عن دواء يتخذ فيه الضفدع،* ونهى عن بيع السرطان،** والصيد المذكور فيما تلا محمولٌ على الاصطياد، وهو مباح فيما لا يحلّ، والميتة المذكورة فيما روي محمولة على السمك، وهو حلال مستثنى من ذلك؛ لقوله ﷺ: "أُحِلَّتْ لَنَا مِيتَتَانِ وَدَمَانِ: أَمَّا الْمِيتَتَانِ فَالْسَّمَكُ وَالْجُرَادُ، وَأَمَّا الدَّمَانُ فَالْكَبِدُ وَالطَّحَالُ.***" قال: ويكره أكل الطافي منه، وقال مالك والشافعي رحمهما: لا بأس به؛ لإطلاق ما روينا، ولأن ميتة البحر موصوفةٌ بالحِلِّ بالحديث. ^{وهو الحل ميتته}

خبيث: لأن الخبيث ما يستخبثه الطبع السليم، وما سوى السمك يستخبثه الطبع السليم فيحرم. (البنية) والصيد المذكور إلخ: جواب عن استدلالهم فيما ذهبوا إليه في قوله سبحانه وتعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾. [البنية ٧٢٤/١٠] والميتة المذكورة إلخ: هذا أيضاً جواب عن استدلالهم بقوله ﷺ في البحر: هو الطهور ماؤه والحل ميتته. [البنية ٧٢٥/١٠] الطافي: هو اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا، والمراد من السمك الطافي: الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلو. [العناية ٤٢٢/٨] بالحديث: أراد به قوله ﷺ: "أُحِلَّتْ لَنَا مِيتَتَانِ" الحديث. [البنية ٧٢٧/١٠]

*أخرجه أبو داود في الطب، وفي الأدب، والنسائي في الصيد. [نصب الراية ٢٠١/٤] أخرج أبو داود في "سننه" عن ابن أبي ذئب عن سعيد بن خالد عن سعيد بن المسيّب عن عبد الرحمن بن عثمان القرشي أن طبيباً سأل النبي ﷺ عن ضفدع يجعلها في دواء، فنهاه النبي ﷺ عن قتلها. [رقم: ٣٨٧١، باب في الأودية المكروهة] **غريب جداً. [نصب الراية ٢٠١/٤]

***أخرجه ابن ماجه في كتاب الأطعمة، ورواه أحمد والشافعي وعبد بن حميد رحمهم في مسانيدهم. [نصب الراية ٢٠٢/٤] أخرج ابن ماجه "في سننه" عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: أُحِلَّتْ لَكُمْ مِيتَتَانِ وَدَمَانِ، فَأَمَّا الْمِيتَتَانِ: فَالْحَوْتَ وَالْجُرَادُ، وَأَمَّا الدَّمَانُ: فَالْكَبِدُ وَالطَّحَالُ. [رقم: ٣٣١٤، باب الكبد والطحال]

ولنا: ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال: "ما نضب عنه الماء فكلوا، وما لفظه ^{رماه} الماء فكلوا، وما طفا فلا تأكلوا"، * وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا، وميتة البحر ما لفظه البحر؛ ليكون موته مضافاً إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة. ^{أي أماته البحر} قال: ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة، وقال ^{القدوري} مالك رضي الله عنه: لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه ويشويه؛ لأنه صيد البر، ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره. ^{الجراد} ^{الصيد}

من الصحابة: وهم علي وابن عباس وأبو هريرة وابن عمر رضي الله عنهم مثل مذهبنا، وأنه باب لا يعرف قياساً، فثبت أنهم قالوه سماعاً. [الكفاية ٤٢٢/٨] مثل مذهبنا: أي كراهة أكل الطائي. وميتة البحر إلخ: هذا جواب عما تمسكوا من قولهم: إن ميتة البحر موصوفة بالحل. [البنية ٧٢٩/١٠] بأكل الجريث: بكسر الجيم وتشديد الراء بعده آخر الحروف ساكنة، وفي آخره ثاء مثلثة، قال في كتاب اللغة: هو نوع من السمك. (البنية) والمارماهي: السمكة التي تكون في صورة الحية. [البنية ٧٣٠/١٠]

* غريب بهذا اللفظ. [نصب الراية ٢٠٢/٤] وأخرج أبوداود في "سننه" عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه، وما مات فيه وطفأ فلا تأكلوه"، قال أبوداود: روى هذا الحديث سفيان الثوري وأيوب وحمام عن أبي الزبير وقفوه على جابر، وقد أسند هذا الحديث أيضاً من وجه ضعيف عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ. [رقم: ٣٨١٥، باب في أكل الطائي من السمك] فالظاهر: أن الحديث صحيح من طريقين، وجابر قد كان يرويه عن رسول الله ﷺ، وقد كان يفتي به من جهة نفسه لسماعه من رسول الله ﷺ، وهكذا من بعده من الرواة قد كانوا يرونه مرفوعاً وقد كانوا يرونه موقوفاً، فلا وجه لتضعيف المرفوع. [إعلاء السنن ١٨١/١٧] روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" في الصدر كراهيته عن جابر بن عبد الله وعلي وابن عباس، وكذا عن ابن المسيب وأبي الشعثاء والنخعي وطائوس والزهري، وكذلك فعل عبد الرزاق في "مصنفه". [نصب الراية ٢٠٥/٤] أخرج ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن جابر، قال: "ما مات فيه وطفأ فلا تأكل". [١٧٩/٥، باب في الطائي]

والحجة عليه ما روينا، وسئل علي^{عليه السلام} عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره، فقال: كُلُّهُ كُلُّهُ* وهذا عُدٌّ من فصاحته، ودلّ علي إباحته وإن مات حتف أنفه، بخلاف السمك إذا مات من غير آفة؛ لأننا خصصناه بالنص من غير آفة^{لأنه لا يحل} الوارد في الطافي، ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ، وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي، وتنسحب^{يتفرع} عليه فروع كثيرة بينهاها في "كفاية المنتهي"، وعند التأمل يقف المبرز عليها، منها: إذا قطع بعضها، فمات يحل أكل ما أبين وما بقي؛ لأن موته بآفة، وما أبين من الحي وإن كان ميتاً فميتته حلال، وفي الموت بالحر والبرد روايتان، والله أعلم بالصواب.

ما روينا: يعني قوله عليه السلام: "أحلت لنا ميتتان ودمان" إلخ. [العناية ٤٢٢/٨] ثم الأصل إلخ: هذا أصل في اشتراط الآفة في موت السمك لتصير حلالاً. (البناءة) كالمأخوذ: أي كالسمك المأخوذ من الماء، فإن أخذه سبب لموته. [البناءة ٧٣٢/١٠] بينهاها في كفاية إلخ: وهو أنه لو وجد في بطن السمك سمكة أخرى، فإنها تؤكل؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وكذلك إن جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها، وهو يقدر على أخذها بغير صيد فمات فيها؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد، فلا خير في أكلها؛ لأنه لم يظهر لموتها سبب. ولا بأس بأكل سمكة يصيدها الجوسي؛ لأنها تحل من غير تسمية؛ فإن المسلم إذا أخذ السمك وترك التسمية عمداً يحل، وما يحل بدون التسمية، فالجوسي وغير الجوسي فيه سواء. [الكفاية ٤٢٣/٨]

روايتان: إحداهما: أنها تؤكل؛ لأنه مات بسبب حادث، فكان كما لو ألقاه الماء على اليابس، والأخرى: أنها لا تؤكل؛ لأن الحر والبرد صفتان من صفات الزمان، وليستا من أسباب الموت في الغالب، وأطلق القدوري^{رحمته} الروايتين ولم ينسبهما لأحد، وذكر شيخ الإسلام^{رحمته} أنه على قول أبي حنيفة^{رحمته}: لا يحل، وعلى قول محمد^{رحمته}: يحل. [العناية ٤٢٣/٨]

* غريب بهذا اللفظ. [نصب الراية ٢٠٥/٤] وروى عبد الرزاق في "مصنفه": أخبرنا سفيان الثوري عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: في كتاب علي: "الجراد والحيتان ذكي". [٤/٥٣٢، باب الهر والجراد والخفاش وأكل الجراد]

كتاب الأضحية

قال: الأضحية واجبة على كل حرٍّ مسلمٍ مقيمٍ مؤسّرٍ في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار، وأما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروایتين عن أبي يوسف رحمته وعنه أنها سنة ذكره في "الجوامع"، وهو قول الشافعي رحمته، وذكر الطحاوي رحمته أن على قول أبي حنيفة رحمته: واجبة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمتهما: سنة مؤكدة، وهكذا ذكر بعضُ المشايخ الاختلاف. وجه السنة قوله عنه: "من أراد أن يضحّي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئاً"،*

كتاب الأضحية: أورد الأضحية عقيب الذبائح؛ لأن التضحية ذبح خاص، والخاص بعد العام. [العناية ٤٢٣/٨] هو في اللغة: اسم ما يذبح في يوم الأضحى، وفي الشريعة: عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص في يوم مخصوص، وهو يوم الأضحى، وسبب وجوب الأضحية: الوقت، وهو أيام النحر، والغناء الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر شرط وجوبها كذا في "النهاية" وغيرها.

الأضحية: اعلم أن القربة المالية نوعان: نوع بطريق التملك كالصدقات، ونوع بطريق الإتلاف كالإعتاق، وفي الأضحية اجتمع المعنيان، فإنها تقرب بإراقة الدم وهو إتلاف، ثم بالتصدق باللحم، وهو تملك. [الكفاية ٤٢٥/٨-٤٢٦] مقيم مؤسّر: شرط اليسار؛ لقوله عنه: "من وجد سعة ولم يضح" إلخ على الوجوب بالسعة، ولا سعة للفقير. [البنية ٤/١١] ولده: بضم الواو وسكون اللام: جمع ولد تتناول الذكر والأنثى. (البنية) الجوامع: وهو اسم كتاب في الفقه صنّفه أبو يوسف رحمته. [البنية ٥/١١]

من شعره: أراد ألا يحلق شعره، ولا ينتف إبطه، ولا يقلم أظفاره إلى يوم النحر؛ تشبيهاً بالحرمين، وإليه ذهب بعض العلماء. [البنية ٥/١١]

*أخرجه الجماعة إلا البخاري. [نصب الراية ٢٠٦/٤] أخرجه مسلم في "صحيحه" عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال: "إذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أن يضحّي فليُمنسك عن شعره وأظفاره". [رقم: ١٩٧٧، باب نهى من دخل عليه عشر ذي الحجة وهو يريد التضحية أن يأخذ من شعره أو أظفاره شيئاً]

والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب، ولأنّها لو كانت واجبة على المقيم لوجبّت على المسافر؛ لأنهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة. ووجه الوجوب قوله عليه السلام: "من وجد سعة ولم يضحّ فلا يقربنّ مصلاناً"، * ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب، ولأنّها قرينة يضاف إليها وقتها، يقال: يوم الأضحى، وذلك يؤذن بالوجوب؛ لأن الإضافة للاختصاص، وهو بالوجود، والوجوب هو المفضي إلى الوجود المضاف إليه ظاهراً بالنظر إلى الجنس، غير أن الأداء يختص بأسباب يشقّ على المسافر استحضارها، جنس المكلفين وشروط

في الوظائف المالية: قيد بقوله: في الوظائف المالية؛ احترازاً عن البدنية كالصلاة والصوم، فإنهما يختلفان فيها؛ لأن المسافر تلحقه المشقة في أدائها. [العناية ٤٢٥/٨] كالزكاة: فإنها واجبة عليهما. وصار كالعتيرة: وفي "المغرب": العتيرة ذبيحة في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الإسلام يعني أن العتيرة لما لم تجب على المسافر لا تجب على المقيم، فكذا الأضحية لما لم تجب على المسافر لا تكون واجبة على المقيم. والجامع: كون كل واحد منهما قرينة يتقرب بها إلى الله تعالى، وصار قوله كالزكاة لبيان الطرد، وقوله: كالعتيرة لبيان العكس، والعكس مرجح ومؤكد للعلة. [الكفاية ٤٢٦/٨ - ٤٢٧] وهو بالوجود: أي اختصاص المضاف بالمضاف إليه إنما يثبت بوجود المضاف إليه؛ لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقاً به فضلاً عن الاختصاص. [البنية ٨/١١]

يختص بأسباب: يعني أن المسافر يلحقه زيادة مشقة في إقامة هذه القرينة؛ لأنه لا بد من شراء ما يصلح للأضحية، وربما يجد ذلك، وربما لا يجد، ومتى وجد واشترى احتاج إلى حفظها إلى أن يجيء وقتها، ويتعسر عليه ذلك حالة السفر، ثم بعد الذبح يحتاج إلى إصلاح السقط وغير ذلك؛ ليأكل، أو يطعم غيره، ويتعسر عليه ذلك أيضاً، فسقطت عن المسافر دفعاً للخرج.

* أخرجه ابن ماجه في "سننه" عن زيد بن الحباب عن عبد الله بن عياش عن عبد الرحمن بن الأعرج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: "من كان له سعة ولم يضح فلا يقربنّ مصلاناً". [رقم: ٣١٢٣، باب الأضاحي واجبة هي أم لا]

ويفوت بمضي الوقت، فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة، والمراد بالإرادة فيما
 روي-والله أعلم- ما هو ضد السهو لا التخيير، والعتيرة منسوخة،* وهي: شاة تقام
 في رجب، على ما قيل. وإنما اختص الوجوب بالحرية؛ لأنها وظيفة مالية لا تتأدى إلا
 بالملك، والمالك هو الحر، وبالإسلام؛ لكونها قرابة، وبالإقامة؛ لما بينا، وبالياسار؛
 لما رويناه من اشتراط السعة، ومقداره ما يجب به صدقة الفطر، وقد مر في الصوم،
 وبالوقت وهو يوم الأضحى؛ لأنها مختصة به، وسنبين مقداره إن شاء الله تعالى.

والمراد بالإرادة إلخ: جواب عما استدلوا به من قوله عز وجل: "من أراد أن يضحي منكم"، فكان معنى قوله عز وجل: من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول: من أراد الصلاة فليتوضأ. [العناية ٤٢٧/٨]
 لا التخيير: لأنه مخير إجماعاً، وهذا لا ينافي الوجوب. (الكفاية) والعتيرة منسوخة: هذا جواب عن
 قولهم: وصار كالعتيرة يعني أنها لما كانت منسوخة لا يلزم من عدم وجوبها وجوب ما ليس
 بمنسوخ. [البنية ١١/١٠] على ما قيل: فيه إشارة إلى الخلاف في تفسير العتيرة، وفي "الإيضاح": العتيرة
 هي ما كان الرجل إذا ولدت له الناقة أو الشاة ذبح أول ولد فأكل وأطعم، وقيل: ينذر العرب، فيقول:
 إذا بلغ شأؤه كذا وكذا، فعليه أن يذبح من كل عشر منها في رجب. [الكفاية ٤٢٨/٨]
 وإنما اختص: بيان للشروط المذكورة في أول الباب. (العناية) لكونها قرابة: والكافر ليس من أهلها. (البنية)
 لما بينا: وهو قوله: غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها. [الكفاية ٤٢٨/٨]
 وبالياسار: أي واختص الوجوب أيضاً باليسار. [البنية ١١/١٢] لما رويناه: إشارة إلى قوله: "من وجد سعة
 ولم يضح" الحديث. [العناية ٤٢٨/٨] مر في الصوم: في باب صدقة الفطر. (البنية) وبالوقت: أي واختص
 الوجوب بالوقت أيضاً. [البنية ١١/١٣]

* روى الأئمة الستة في كتبهم من حديث الزهري. [نصب الراية ٤/٢٠٨] أخرجه البخاري في "صحيحه"
 عن ابن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: "لا فرع ولا عتيرة". والفرع أول النتاج كانوا
 يذبحونه لطواغيتهم، والعتيرة في رجب. [رقم: ٥٤٧٣، باب الفرع]

وتحب عن نفسه؛ لأنه أصلٌ في الوجوب عليه على ما بيناه، وعن ولده الصغير؛
لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر. وهذه رواية الحسن عن
أبي حنيفة رحمهما الله، وروى عنه أنه لا يحب عن ولده وهو ظاهر الرواية، بخلاف صدقة
الفطر؛ لأن السبب هناك رأس يَمُونُهُ ويُلِي عليه وهما موجودان في الصغير، وهذه
قربة محضة، والأصل في القرب أن لا يحب على الغير بسبب الغير، ولهذا لا يحب
عن عبده، وإن كان يجب عنه صدقة فطره، وإن كان للصغير مالٌ يضحى عنه أبوه،
أو وصيته من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله:
يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير، فالخلاف في هذا كالأخلاف في صدقة
الفطر. وقيل: لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعاً؛

على ما بيناه: أشار به إلى قوله: ويجب على كل حرٍّ مسلم. (البنية) في معنى نفسه: أي لأن ولده
الصغير في معنى نفسه؛ لأنه جزؤه، والشيء ملحق بكله. [البنية ١١/١٣] صدقة الفطر: [فإنها] تحب عن
نفسه، وعن ولده الصغير؛ وهذا لأن كل واحد قربة مالية تعلقت بيوم العيد، فكانا نظيرين من هذا
الوجه. [الكفاية ٨/٤٢٨] عن ولده: يعني سواء كان صغيراً أو كبيراً إذا لم يكن له مال. [العناية ٨/٤٢٩]
ظاهر الرواية: أي هذا هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمهما الله، قال قاضي خان: وعليه الفتوى. (البنية)
قربة محضة إلخ: أي خالصة؛ لأن الإراقة من العبد للرب من غير شائبة، ولا كذلك التصديق بالمال؛ لأن
المال كما يتقرب به إلى الله تعالى يتقرب به إلى العباد، فلا يكون في صدقة الفطر قربة محضة. (البنية)
مال الصغير: لأنها في نفس الأمر إتلاف، ومال الصغير يحفظ عن هذا. [البنية ١١/١٤]
فالأخلاف إلخ: وفي بعض النسخ بالواو، أي الخلاف في وجوب الأضحية على الأب عن ولده الصغير
كأخلاف في صدقة الفطر. [البنية ١١/١٥] لا تجوز التضحية إلخ: أي ليس للأب أن يفعله من ماله؛
لأنه إن كان المقصود الإتلاف، فالأب لا يملك إتلاف مال ولده كالإعتاق، وإن كان المقصود التصديق
باللحم بعد الإراق، فذلك تطوع ومال الصبي لا يحتمل صدقة التطوع كذا في "المبسوط".

لأن هذه القُرْبَةَ تتأدَّى بالإِراقة، والصدقة بعدها تطوع، فلا يجوز ذلك من مال الصغير، ولا يمكنه أن يأكل كلَّه، والأصح: أن يضحي من ماله، ويأكل منه ما أمكنه، ويتنازع بما بقي ما ينتفع بعينه. قال: ^{بقائه عينه القدوري} ويذبح عن كل واحد منهم شاة، أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة،* والقياس: أن لا تجوز إلا عن واحد؛ لأن الإِراقة ^{البقرة والبدنة} واحدة وهي القربة، إلا إننا تركناه بالأثر، وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال: نحرنا مع رسول الله صلوات الله عليه البقرة عن سبعة، والبدنة عن سبعة، ولا نص في الشاة، فبقي على أصل القياس. وتجوز عن خمسة، أو ستة، أو ثلاثة، ذكره محمد في "الأصل"؛ لأنه لما جاز عن سبعة فعَمَّنْ دونهم أولى، ولا تجوز عن ثمانية؛ أخذاً بالقياس فيما لا نص فيه، وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ولا تجوز عن الكل؛ لانعدام وصف القربة في البعض، وسنبيته من بعد إن شاء الله تعالى.

لأن هذه القربة: أي لأن الواجب في الأضحية إراقة الدم، والصدقة بعدها تطوع، وذلك في مال الصغير، ولا يقدر الصغير في العادة أن يأكل جميعها، ولا يجوز البيع فلذلك لم يجب. من ماله: أي من مال الصغير، ويأكل أي الصغير من الأضحية التي هي من ماله ما أمكنه، ويتنازع بما بقي ما ينتفع بعينه كالغربال والمنحلة. [العناية ٤٢٩/٨] وتجوز إلخ: ذكره تفريعاً على مسألة "القدوري". [البناءة ١٧/١١] وكذا إذا كان إلخ: كما إذا مات وترك امرأة وابناً وبقرة، فضحيا بها يوم العيد لم يجز؛ لأن نصيب المرأة أقل من السبع، فلم يجز نصيبها، ولا نصيب الابن أيضاً. [العناية ٤٢٩/٨] ولا تجوز إلخ: يعني لا يجوز من صاحب الكثير كما لا يجوز من صاحب القليل. [البناءة ١٨/١١] في البعض: الذي هو أقل من السبع. وسنبيته إلخ: لعل مراده: وإذا أراد أحدهم بنصيبه اللحم لم يجز عن الباقي إلخ. [الكفاية ٤٣٠/٨]

* أخرجه الجماعة إلا البخاري. [نصب الراية ٢٠٩/٤] أخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: نحرنا مع رسول الله صلوات الله عليه عام الحديبية البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة. [رقم: ١٣١٨، باب الاشتراك في الهدى]

وقال مالك رحمته الله: تجوز عن أهل بيت واحد، وإن كانوا أكثر من سبعة، ولا تجوز عن أهل بيتين، وإن كانوا أقل منها؛ لقوله عليه السلام: "على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعتيرة". * قلنا: المراد منه -والله أعلم- قَسَمُ أهل البيت؛ لأن اليسار له، يؤيده ما يروى الناويل المذكور منتظم وصاحب على كل مسلم في كل عام أضحية وعتيرة، * ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الأصح؛ لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعاً له، وإذا جاز على الشركة، فقسمة اللحم بالوزن؛ لأنه موزون، ولو اقتسموا جزأفاً لا يجوز، إلا إذا كان معه

ما يروى على إلخ: هذا محكم، وقوله عليه السلام: "على كل أهل البيت" محتمل، فحملناه على المحكم. (الكفاية) أضحية: الأضحية بالفتح لغة: لا جمع الأضحية كما في بعض الشروح، فإن جمع الأضحية الضحايا. ولو كانت البدنة: ذكره تفريراً على مسألة "القدوري". [البناء ٢٠/١١] في الأصح: هذا احتراز عن قول بعض المشايخ رحمته الله؛ فافهم قالوا: لا يجزيهما؛ لأن كل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع، ونصف السبع لا يجوز في الأضحية، فإذا لم يجز البعض لم يجز الباقي، وقال بعضهم: يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، والصدر الشهيد رحمته الله؛ لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع صار نصف السبع تبعاً، ووجه ذلك: أن نصف السبع وإن لم يكن أضحية، فهي قرينة تبعاً للأضحية كما إذا ضحى شاة، فخرج من بطنها جنين حي، فإنه يجب عليه أن يضحيه، وإن لم يجز تضحيته ابتداء. [الكفاية ٤٣٠/٨]

إذا كان معه إلخ: يعني إذا كان مع أحدهما بعض الأكارع، ومع الآخر الجلد، أو بعض الأكارع، أو مع أحدهما بعض الأكارع والجلد، حتى يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، فيجوز كما في البيع، أي في بيع الجنس مع الجنس جزأفاً إذا كان مع أحدهما أو مع كل واحد منهما شيء من خلاف الجنس، فيجوز. [الكفاية ٤٣٠/٨]

* أخرجه أصحاب السنن الأربعة. [نصب الراية ٢١٠/٤] أخرجه أبوداود في "سننه" عن محنف بن سليم قال: ونحن وقوف مع رسول الله صلوات الله عليه بعرفات، قال: "يا أيها الناس إن على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعتيرة، أتدرون ما العتيرة هذه التي يقول الناس: الرجبية"، قال أبوداود: والعتيرة منسوخة، وهذا خبر منسوخ. [رقم: ٢٧٨٨، باب ما جاء في إيجاب الأضاحي]

** رواية غريبة، وجهل من استشهد بحديث محنف بن سليم المتقدم. [نصب الراية ٢١١/٤]

شيء من الأكارع والجلد اعتباراً بالبيع. ولو اشترى بقرة يريد أن يضحّي بها عن نفسه، ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحساناً، وفي القياس: لا يجوز، وهو قول زفر رحمته الله؛ لأنه أعدها للقربة، فيُمنع عن بيعها تموّلاً، والاشتراك هذه صفته. وجه الاستحسان: أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها، ولا يظفر بالشركاء وقت البيع، وإنما يطلبهم بعده، فكانت الحاجة إليه ماسّةً، فجوّزناه دفعاً للخرج وقد أمكن؛ لأنّ بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع، والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء؛ ليكون أبعد عن الخلاف، وعن صورة الرجوع في القربة، وعن أبي حنيفة رحمته الله: أنه يكره الاشتراك بعد الشراء؛ لما بينا. قال: القُدوري وليس على الفقير والمسافر أضحية؛ لما بينا، وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين،*

من الأكارع: الأكارع جمع أكرع، وأكرع جمع كراع، والكراع في الغنم والبقر بمنزلة الظلف في الفرس والبعير، وهو الساق يذكر ويؤنث، وفي المثل أعطى العبد كراعاً، فطلب ذراعاً؛ لأن الذراع في اليد، وهو أفضل من الكراع في الرجل. (البنية) اعتباراً بالبيع: أي قياساً على البيع، يعني الجنس بالجنس مجازفة لا يجوز. (البنية) ولو اشترى بقرة: هذا من مسائل "الأصل" ذكره تفريعاً على مسألة "القُدوري". (البنية) لأنه أعدها للقربة: أي لأن المشتري لما اشترى البقرة أعدها للتقرب؛ لأنه نوى بها التقرب. [البنية ٢١/١١] هذه صفته: أي البيع بطريق التمول. [الكفاية ٤٣٠/٨] فجوّزناه: أي الاشتراك بعد الشراء. (البنية) وقد أمكن: أي دفع حاجة في هذه الصورة. (البنية) لا يمتنع البيع: ذكره في "المبسوط" بنفس الشراء لا يمتنع البيع، ولا يتعين في الأضحية، وبه قالت الثلاثة، ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به بأس. [البنية ٢٢/١١] لما بينا: أراد به قوله: لأنه أعدها للقربة، فيمنع عن بيعها إلخ. [الكفاية ٤٣٠/٨ - ٤٣١] لما بينا: أشار به إلى قوله: واليسار؛ لما روينا، والإقامة؛ لما بينا. [البنية ٢٣/١١]

* غريب. [نصب الراية ٢١١/٤] وإنما الذي ذكره عن أبي شريحة الغفاري أنه قال: أدركت أو رأيت أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لا يضحيان. [البنية ٢٣/١١]

وعن علي رضي الله عنه: ليس على المسافر جمعة ولا أضحية.* قال: ^{القدوري} ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر، إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح، حتى يصلي الإمام العيد، فأما أهل السواد، فيذبحون بعد الفجر، والأصل فيه قوله ^{أهل القرى} عليه السلام: من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه ^{الدليل} وأصاب سنة المسلمين،** وقال عليه السلام: "إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية"*** غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة، وهو المصري دون أهل السواد، لأن التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة، ولا معنى للتأخير في حق القروي، ولا صلاة عليه، وما روينا حجة على مالك والشافعي رحمهما في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الإمام.

من عليه الصلاة: أي صلاة العيد وهو المصري أي الذي عليه الصلاة. [البنية ٢٤/١١]. لأن النص ورد في حق من عليه الصلاة، ولا يجوز إلحاق غيره به لعدم الجامع. وما روينا: أراد به قوله عليه السلام: "ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه"، وهو لعمومه يتناول ما قبل نحر الإمام وما بعده. [الكفاية ٤٣١/٨]

* غريب، وجهل من قال: إنه تقدم في الجمعة، والذي تقدم في الجمعة، إنما هو حديث علي رضي الله عنه مرفوعاً: لا جمعة، ولا تشريق، ولا أضحية، ولا فطر إلا في مصر جامع، لم يتقدم غيره. [نصب الراية ٢١١/٤]

** أخرجه البخاري ومسلم عن البراء بن عازب. [نصب الراية ٢١١/٤] أخرج البخاري في "صحيحه" عن البراء قال: ضحى خالي أبو بردة قبل الصلاة، فقال رسول الله ﷺ: "تلك شاة لحم"، فقال: يا رسول الله ﷺ إن عندي جذعة من المعز، فقال: "ضح بها ولا تصلح لغيرك"، ثم قال: من ضحى قبل الصلاة، فإنما ذبح لنفسه، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين. [رقم: ٥٥٥٦، باب قول النبي ﷺ لأبي بردة ضح بالجذع من المعز]

*** أخرجه البخاري ومسلم بمعناه عن البراء بن عازب. [نصب الراية ٢١٢/٤] أخرج البخاري في "صحيحه" عن البراء بن عازب رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: إن أول ما نبدأ به في يومنا هذا أن نصلي، ثم نرجع، فننحر، من فعله فقد أصاب سنتنا، ومن ذبح قبل: فإنما هو لحم قدمه لأهله ليس من النسك في شيء. [رقم: ٥٥٤٥، باب سنة الأضحية]

ثم المعتبرُ في ذلك مكان الأضحية حتى لو كانت في السواد، والمضحى في المصر يجوز كما انشق الفجر، ولو كان **على العكس** لا يجوز، إلا بعد الصلاة، وحيلةُ المصري إذا أراد التعجيلَ أن يبعث بها إلى خارج المصر، فيضحّي بها كما طلع الفجر؛ وهذا لأنها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب، فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل؛ ^{تسقط} ^{الأداء} ^{الإراقة} ^{المال} اعتباراً بها، بخلاف صدقة الفطر؛ لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر، ولو ضحّي بعد ما صلى أهل المسجد، ولم يُصلَّ أهل الجبّانة أجزأه استحساناً؛ لأنها صلاة معتبرة، حتى لو اكتفوا بها أجزأهم، وكذا على عكسه، وقيل: هو جائز قياساً واستحساناً.

على العكس: وهو ما إذا كانت الأضحية في المصر، والمضحى في السواد. (البنية) صدقة الفطر: حيث يعتبر فيها مكان الفاعل وهو المؤدي. [البنية ٢٧/١١] لأنها لا تسقط: فكان محلها الذمة، فاعتبرنا فيها مكان المؤدي لا مكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى. [الكفاية ٤٣١/٨]

ولو ضحّي إلخ: معناه: أن يخرج الإمام بالناس إلى الجبّانة، ويستخلف من يصلي بالضعفاء في الجامع، هكذا فعله علي عليه السلام حين قدم الكوفة. [العناية ٤٣١/٨] أجزأه استحساناً: والقياس أن لا يجوز؛ لأنها عبادة دارت بين الجواز وعدمه، فينبغي أن لا يجوز احتياطاً؛ وهذا لأنها من حيث كونها بعد الصلاة تجوز، ومن حيث كونها قبل الصلاة التي تؤدي في الجبّانة لا تجوز. (الكفاية) أجزأهم: يعني لا يجب عليهم الذهاب إلى الجبّانة، ولو لم تكن معتبرة لوجب عليهم الذهاب إليها. [الكفاية ٤٣١/٨]

وكذا على إلخ: أي وكذا يجوز استحساناً لا قياساً عكس الحكم المذكور، وهو أن يصلي أهل الجبّانة دون أهل المسجد. [البنية ٢٨/١١] قياساً واستحساناً: لأن المسنون في العبد الخروج إلى الجبّانة أصل وقد صلوا. [الكفاية ٤٣١/٨]

قال: وهي جائزة في ثلاثة أيام: يوم النحر ويومان بعده، وقال الشافعي رحمته الله: ثلاثة أيام بعده؛ لقوله عليه السلام: "أيام التشريق كلها أيام ذبح".* ولنا: ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة، أفضلها أولها،** وقد قالوه سماعاً؛ لأن الرأي لا يهتدي إلى المقادير، وفي الأخبار تعارضٌ فأخذنا بالمتيقن، وهو الأقل، وأفضلها أولها كما قالوا، ولأن فيه مسارعةً إلى أداء القرية، وهو الأصل إلا اختيار الأول لمعارض، ويجوز الذبح في لياليها،

أيام التشريق: سميت أيام التشريق بها؛ لأن الأضاحي تشرق فيها أي تقدد في الشمس. وقد قالوه سماعاً؛ لأن تخصيص العبادات بوقت لا يعرف إلا سماعاً وتوقيتاً، فالروى عنهم كالروى عن رسول الله صلوات الله عليه. [البنية ٣٢/١١] كما قالوا: أي عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم. (الكفاية) وهو الأصل: أي الأصل المسارعة إلى أداء القرية إلا لمعارض كما في الإسفار بالفجر، والإبراد بالظهر ونحوه، وهو قوله عليه السلام: "أسفروا وأبردوا". [الكفاية ٤٣٢/٨] في لياليها: أي في ليالي أيام النحر، والمراد بها: الليلتان المتوسطتان لا غير، فلا يدخل الليلة الأولى، وهي ليلة العاشر من ذي الحجة، ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر؛ لأن وقت الأضحية يدخل بطنوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب، وهو اليوم العاشر، ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر، فلا يجوز في ليلة النحر البتة؛ لوقوعها قبل وقتها، ولا في ليلة التشريق المحضة لخروج جسده، وإنما جازت في الليل؛ لأن الليالي تبع للأيام، وأما الكراهة؛ فلما ذكره في الكتاب. [العناية ٤٣٢/٨]

*رواه أحمد في "مسنده"، وابن حبان في "صحيحه" في النوع الثالث والأربعين من القسم الثالث من حديث عبد الرحمن بن أبي حسين. [نصب الراية ٢١٢/٤] أخرجه ابن حبان في "صحيحه" عن جبير بن مطعم عن النبي صلوات الله عليه قال: كل أيام التشريق ذبح، وعرفة كلها موقف. [٢٦/٦، باب ذكر وقوف الحج بعرفات والمزدلفة] **غريب جداً، وتقدم نحوه في الحج في الحديث الرابع والستين. [نصب الراية ٢١٣/٤] وروى مالك في "الموطأ" عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول: الأضحى يومان بعد يوم الأضحى. مالك أنه بلغ عن علي بن أبي طالب مثل ذلك. [رقم: ٤٩٧، باب الأضحية عما في بطن المرأة]

إلا أنه يُكره؛ لاحتمال الغلط في ظلمة الليل، وأيام النحر ثلاثة، وأيام التشريق ثلاثة، والكل يمضي بأربعة: أولها نحر لا غير، وآخرها تشريق لا غير، والمتوسطان نحرٌ وتشريق، والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الأضحية؛ لأنها تقع واجبة أو سنة، والتصدق تطوع محض، فتفضل عليه، ولأنها تفوت بفوات وقتها، والصدقة يُؤتى بها في الأوقات كلها، فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الأفريقي. ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر: إن كان أوجب على نفسه، أو كان فقيراً وقد اشترى الأضحية: تصدق بها حية، وإن كان غنياً تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتري؛ لأنها واجبة على الغني،

لاحتمال الغلط: أي في المذبح، أو في الشاة في أهلها، أو لغيره، أو بذبح شاة، فإن فيها بعض الشرائط. [الكفاية ٤٣٢/٨] والتضحية فيها: أي في أيام النحر أفضل من التصدق بثمن الأضحية، أما في حق الموسر؛ فلأنها تقع واجبة في ظاهر الرواية، أو سنة في أحد قولي أبي يوسف رحمه الله، والتصديق بالثمن تطوع محض، ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع، وأما في حق المعسر؛ فلأن فيها جمعاً بين التقرب بإراقة الدم، والتصدق، والإراقة قرينة تفوت بفوات هذه الأيام، ولا شك أن الجمع بين القريتين أفضل، وهذا الدليل يشمل الغني والفقير. [العناية ٤٣٢/٨]

تطوع محض إلخ: وإتيان السنة المؤكدة أفضل من إتيان التطوع. (البنية) منزلة الطواف: فإن الطواف في حق الأفريقي لفواته أفضل من صلاة التطوع التي لا تفوت، بخلاف المكّي؛ فإن الصلاة في حقه أفضل. (العناية) إن كان [سواء كان الموجب غنياً أو فقيراً]. (العناية) أوجب: أي شاة بعينها بأن يكون في ملكه شاة فيقول: أضحي بهذه، أو يقول: لله عليّ أن أضحي بهذه، أو يقول: عليّ أن أضحي بهذه. (الكفاية) تصدق بها حية: وإن ذبح لا يجوز له تناول من لحمها، بل يتصدق بلحمها، وفضل ما بين قيمتها مذبوحة وغير مذبوحة كذا في "الأوضح". [الكفاية ٤٣٢/٨] وإن كان غنياً: من لم يضح غنياً ولم يوجب على نفسه شاة بعينها. (العناية) على الغني: عينها أو لم يعينها. [العناية ٤٣٢/٨]

وتحب على الفقير بالشراء بنية التَّضْحِيَةِ عندنا، فإذا فات الوقتُ يجب عليه التصدق ^{بالعين أو القيمة} إنحراجاً له عن العهدة كالجمعة تُقضى بعد فواتها ظهراً، والصوم بعد العجز فدية. قال: **ولا يضحى بالعمياء، والعوراء، والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك ولا العجفاء؛** لقوله القدوري عليه السلام: "لا تجزئ في الضحايا أربعة: العوراء البين عورها، والعرجاء البين عرجها، والمريضة البين مرضها، والعجفاء التي لا تنقي". ^{القدوري} قال: ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب، أما الأذن؛ فلقوله عليه السلام: "استشرفوا العين والأذن،" ^{القدوري} ***

عندنا: وروى الزعفراني عن أصحابنا عليهم السلام أنه لا يجب، وهو قول الشافعي رحمته الله؛ لأن القرب إنما يلزم بالشروع أو بالنذر ولم يوجد واحد، وأنا نقول: الشراء من الفقير مقروناً بنية الأضحية بمنزلة النذر. [الكفاية ٤٣٢/٨ - ٤٣٣] فإذا فات الوقت: أي وقت التقرب بالإراقة. [العناية ٤٣٣/٨] كالجمعة إلخ: والجامع بينهما: أن قضاء ما وجب عليه في الأداء بجنس غير جنس الأداء. [الكفاية ٤٣٣/٨] ولا يضحى إلخ: هذا بيان ما لا يجوز التضحية به، والأصل فيه: أن العيب الفاحش مانع، واليسير غير مانع؛ لأن الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب، واليسير ما لا أثر له في لحمه، وللغور أثر في ذلك؛ لأنه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بعينين، وقلة العلف تورث الهزال. [العناية ٤٣٣/٨] البين عرجها: هي أن لا يمكنها المشي برجلها العرجاء، وإنما تمشي بثلاث قوائم، حتى لو كانت تضع الرابعة على الأرض وضعاً خفيفاً يجوز، ذكره خواهر زاده رحمته الله. (الكفاية) لا تنقي: أي ليس لها نقي، وهو المخ من شدة العجف. [الكفاية ٤٣٣/٨]

* أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن شعبة. [نصب الراية ٢١٣/٤] أخرج أبو داود في "سننه" عن عبيد بن فيروز قال: سألت البراء بن عازب ما لا يجوز في الأضاحي؟ فقال: قام فينا رسول الله صلوات الله عليه وأصابني أقصر من أصابعه، وأنا ملي أقصر من أنامله، فقال: "أربع لا تجوز في الأضاحي"، فقال: "العوراء بين عورها، والمريضة بين مرضها، والعرجاء بين ظلعها، والكسيرة التي لا تنقي"، قال: فإني أكره أن يكون في السن نقص قال: "ما كرهت فدعه، ولا تحرّمه على أحد". [رقم: ٢٨٠٢، باب ما يكره من الضحايا]

** روي من حديث علي، ومن حديث حذيفة. [نصب الراية ٢١٤/٤] أخرجه أبو داود في "سننه" عن علي عليه السلام: أمرنا رسول الله صلوات الله عليه أن نستشرف العين والأذنين، ولا نضحى بعوراء، ولا مقابلة، ولا مدابرة، =

أي اطلبوا سلامتهما، وأما الذنب؛ فلأنه عضوٌ كاملٌ مقصودٌ فصار كالأذن. قال: ^{القدوري} ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها، وإن بقي أكثر الأذن والذنب: جاز؛ لأن للأكثر حكم الكل بقاءً وذهاباً، ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرُّز عنه، فجعل عفواً، واختلفت الرواية عن أبي حنيفة رحمته الله في مقدار الأكثر، ففي "الجامع الصغير" عنه: وإن ^{أبي حنيفة} قَطَعَ من الذنب أو الأذن أو العين أو الألية الثلث أو أقل: أجزأه، وإن كان أكثر: لم يجزه؛ لأن الثلث تُنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة، فاعتبر قليلاً، وفيما زاد لا تنفذ ^{على الثلث الوصية} إلا برضاهم، فاعتبر كثيراً. ويروى عنه ^{أبي حنيفة} الربع؛ لأنه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلاة، ويروى الثلث؛ لقوله عليه السلام في حديث الوصية: "الثلث والثلث كثير".*

بقاءً وذهاباً: أي بقاء الأكثر كبقاء الكل، وذهاب الأكثر كذهاب الكل. (الكفاية) ويروى عنه الربع: يعني إذا كان الذاهب الربع لا يجوز؛ لأن الربع له حكم الكمال، وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمته الله. (النهاية) ما مر في الصلاة: [في باب شروط الصلاة] من انكشاف ربع العورة، وتقدير النجاسة بربع الثوب. (البنية) ويروى الثلث: يعني إذا كان الذاهب الثلث لا يجوز، وإن كان أقل من الثلث يجوز. (النهاية)

= ولا خرقاء، ولا شرقاء، قال زهير: فقلت لأبي إسحق، أذكر عضباء؟ قال: لا، قلت: فما المقابلة؟ قال: يقطع طرف الأذن، قلت: فما المدبرة؟ قال: يقطع من مؤخرة الأذن، قلت: فما الشرقاء؟ قال: تشق الأذن، قلت: فما الخرقاء؟ قال: تحرق أذنها للسمّة. [رقم: ٢٨٠٤، باب ما يكره من الضحايا]

*أخرجه الأئمة الستة، وسيأتي في الوصايا. [نصب الراية ٢١٥/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عامر بن سعد عن أبيه قال: جاءنا رسول الله صلّى الله عليه وآله يعودني من وجع اشتد بي زمن حجة الوداع، فقلت: بلغ بي ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلاثي مالي؟ قال: "لا"، قلت: بالشرط؟ قال: "لا"، قلت: الثلث؟ قال: "الثلث كثير، أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس، ولن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت عليها حتى ما تجعل في في امرأتك." [رقم: ٥٦٦٨، باب ما رخص للمريض أن يقول إني وجع أو وارأساه]

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما: إذا بقي الأكثر من النصف أجزاء؛ اعتباراً للحقيقة على ما تقدم في الصلاة، وهو اختيار الفقيه أبي الليث، وقال: أبو يوسف رحمته: أخبرت بقولي أبا حنيفة رحمته فقال: قولي هو قولك، قيل: هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف رحمته، وقيل: معناه قولي قريب من قولك، وفي كون النصف مانعاً روايتان عنهما، كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف رحمته، ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر، وفي العين قالوا: تُشَدُّ العينُ المعيبة بعد أن لا تَعْتَلِفَ الشاةُ يوماً أو يومين، ثم يُقَرَّبُ العَلَفُ إليها قليلاً قليلاً، فإذا رآته من موضع أعْلَمَ على ذلك المكان، ثم تشد عينها الصحيحة يقرب إليها العلف قليلاً قليلاً، حتى إذا رآته من مكان أعلم عليه، ثم ينظر إلى التفاوت ما بينهما، فإن كان ثلثاً فالذاهب الثلث، وإن كان نصفاً فالنصف. قال: ويجوز أن يضحى بالجماء، - وهي التي لا قرْن لها -؛

اعتباراً للحقيقة: لأن القليل والكثير في الأسماء المتقابلة، فما دون النصف قليلاً. [البنية ٤١/١١] على ما تقدم إلخ: يعني إذا كان أكثر من نصف الساق يمنع، وعن أبي يوسف رحمته في ذلك ثلاث روايات: في رواية: يجزئه ما دون النصف، ويمنع بما زاد عليه، وفي رواية: يمنع النصف، وفي رواية كقولهما يمنع الربع لا ما دونه، ويمنع ما فوقه مطلقاً. [البنية ٤١/١١] هو رجوع منه: وكان يقول أولاً: إن الثلث قليل، والكثير ما زاد على الثلث، ثم رجع، وقال: الكثير: النصف، وما زاد على النصف كما هو قولهما. [الكفاية ٤٣٤/٨] قولي قريب: أي قولي الأول، وهو أن الأكثر من الثلث مانع لا ما دونه أقرب إلى قولك الذي هو أن الأكثر من النصف إذا بقي أجزاء بالنسبة إلى قول من يقول: إن الربع أو الثلث مانع. [العناية ٤٣٤/٨] روايتان عنهما: أي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما في رواية: مانع؛ لأن القليل عفو، والنصف ليس بقليل؛ لأن ما يقابله ليس بكثير، وفي رواية: غير مانع؛ لأن المانع هو الكثير، والنصف غير كثير؛ لأن ما يقابله ليس بقليل. [البنية ٤٢/١١] أعلم على ذلك: أي جعل عليه علامة. [البنية ٤٣/١١]

لأن القرن لا يتعلق به مقصود، وكذا مكسورة القرن؛ لما قلنا، والخصي؛ لأن لحمها أطيب، وقد صح أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين مَجُوعَيْنِ* والثولاء، - وهي المجنونة -، وقيل: هذا إذا كانت تعتلف؛ لأنه لا يخل بالمقصود، أما إذا كانت لا تعتلف: فلا تجزئه، والجرباء إن كانت سميكة: جاز؛ لأن الجرب في الجلد، ولا نقصان في اللحم، وإن كانت مهزولة لا تجوز؛ لأن الجرب في اللحم فانتقص، وأما الهتاء - وهي التي لا أسنان لها - فعن أبي يوسف رحمه الله أنه يُعتبر في الأسنان الكثرة والقلة، وعنه إن بقي ما يمكن الاعتلاف به أجزأه؛ لحصول المقصود، والسكاء - وهي التي لا أذن لها خلقة - : لا تجوز إن كان هذا؛ لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز، فعديم الأذن أولى.

لا يتعلق به مقصود: ألا ترى أن التضحية بالإبل جائزة، ولا قرن له. [العاية ٤٣٤/٨] لما قلنا: أن القرن لا يتعلق به مقصود. [البنية ٤٣/١١] بكبشين أملحين: كبش أُمْلَح فيه ملح، وهي بياض يشوبه شعرات سود، وهي من لون الملح، والوجاء على فعال نوع من الخصاء، وهو أن يضرب العروق بحديدة، ويطعن فيها من غير إخراج الخصيتين، يقال: كبش مَجُوع إذا فعل به ذلك. [الكفاية ٤٣٤/٨] والثولاء: ويجوز أن يضحى بالثولاء، وهي المجنونة؛ لأن العقل غير مقصود في البهائم. [البنية ٤٦/١١] إن كان هذا: يعني أن لا يكون هذا، وإن وقع نادراً لا يجوز. [الكفاية ٤٣٥/٨] فعديم الأذن أولى: بعدم الجواز، ولا يجوز الجلالة التي تأكل العذرة، ولا تأكل غيرها.

* روي من حديث جابر، ومن حديث عائشة، ومن حديث أبي هريرة، ومن حديث أبي رافع، ومن حديث أبي الدرداء. [نصب الراية ٢١٥/٤] أخرجه أبوداود في "سننه" عن جابر بن عبد الله قال: ذبح النبي ﷺ يوم الذبح كبشين أقرنين أملحين موجئين فلما وجههما، قال: "إني وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض على ملة إبراهيم حنيفاً، وما أنا من المشركين إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت، وأنا من المسلمين، اللهم منك ولك وعن محمد وأمة باسم الله والله أكبر ثم ذبح". [رقم: ٢٧٩٥، باب ما يستحب من الضحايا]

وهذا الذي ذكرنا إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء. ولو اشتراها سليمةً
 ثم تعيبت بعيب مانع: إن كان غنياً فعليه غيرها، وإن كان فقيراً تجزئه هذه؛ لأن
 الوجوب على الغني بالشرع ابتداءً لا بالشراء، فلم تتعين به، وعلى الفقير بشرائه بنية
 الأضحية فتعينت، ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة، وعن هذا
 الأصل قالوا: إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى، ولا شيء على
 الفقير، ولو قتلت أو سُرقت، فاشترى أخرى، ثم ظهرت الأولى في أيام النحر على
 الموسر ذبح إحداها، وعلى الفقير ذبحهما. ولو أضجعها فاضطربت، فانكسر رجلها
 فذبحها: أجزأه استحساناً عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما؛

وهذا الذي ذكرنا: أشار به إلى ما ذكره من الأحكام التي بعضها يجوز وبعضها لا يجوز. [البنية ٤٧/١١]
 فعليه غيرها: [لأن الواجب في ذمته بصفة الكمال، فلا يتأدى بالناقص] وعند الثلاثة: أجزأته هذه المعية، ولا يلزم
 عليه أخرى بناءً على أن الأضحية غير واجبة. [البنية ٤٨/١١] كما في نصاب الزكاة: أي كما لا يجب
 النقصان في نصاب الزكاة إذا انتقص بعد الوجوب، فإن الزكاة تسقط عنه بقدره، ولا يجب ضمان ذلك القدر،
 والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعاً: المال لا الذمة، فإذا هلك المال سقط الوجوب. [البنية ٤٩/١١]
 وعن هذا الأصل: يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء، وعلى الفقير بالعكس. [العناية ٤٣٥/٨]
 وعلى الفقير إلخ: لأن الوجوب على الفقير بالشراء بنية الأضحية، والشراء قد تعدد، فيتعدد الوجوب،
 وعلى الغني بإيجاب الشرع، والشرع لم يوجب إلا أضحية واحدة كذا في "الفتاوى الظهيرية". (النهاية)
 فانكسر رجلها: من باب ذكر الخاص وإرادة العام؛ فإنه إذا أصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة
 الإضجاع للذبح كان الحكم كذلك. (العناية) أجزأه استحساناً: وإنما قيد الإجزاء بالاستحسان؛ لأن وجه
 القياس بخلافه؛ لأن تأدي الواجب بالتضحية لا بالإضجاع، وهي معية عندها، فصار كما لو كانت كذلك
 قبله. [العناية ٤٣٥/٨] خلافاً لزفر والشافعي: لأنها صارت معية قبل الذبح، فلم يجوز تضحيته. [البنية ٥٠/١١]

لأن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح، فكأنه حصل به اعتباراً وحكماً وكذا لو تعيبت الذبح بالذبح
 في هذه الحالة فانفلتت، ثم أخذت من فوره، وكذا بعد فوره عند محمد رحمته خلافاً لأبي
 يوسف رحمته؛ لأنه حصل بمقدمات الذبح. قال: والأضحية من الإبل والبقر والغنم؛ لأنها دليل محمد
 عرفت شرعاً، ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام، ولا من الصحابة رضي الله عنهم. * قال: القدوري
 ويجزىء من ذلك كله الثني فصاعداً إلا الضأن، فإن الجذع منه يجزىء؛ لقوله عليه السلام:
 "ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن"، **

خلافاً لأبي يوسف: لم يذكر دليل أبي يوسف رحمته، ودليله: أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعيبت به من أن يكون سبباً من أسباب الذبح الذي وجد بعد الفور، وصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر. (البنية) والأضحية من الإبل إلخ: وقالت الظاهرية: يجوز بكل حيوان، وحشي أو أنسي، وكذا بكل طائر يؤكل لحمه وحشي وأنسي؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام قال: مثل المهاجر إلى الجمعة كمثل من يهدي بدنة، ثم كمن يهدي بقرة، ثم كمن يهدي شاة، ثم كمن يهدي دجاجة، ثم كمن يهدي بيضة، والعصفور قريب إلى البيضة. [البنية ٥١/١١-٥٢]

* أما الإبل، ففي مسلم في حديث جابر الطويل. [نصب الراية ٢١٦/٤] أخرجه مسلم في "صحيحه" من حديث جابر الطويل، وفيه: ثم انصرف إلى المنحر فنحر ثلاثاً وستين بيده، ثم أعطى علياً فنحر ما غير، وأشركه في هديه. الحديث [رقم: ١٢١٨، باب حجة النبي ﷺ]

وأما البقر، ففي الصحيحين عن جابر وعائشة رضي الله عنهما. [نصب الراية ٢١٦/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عائشة رضي الله عنها قالت: وضحي رسول الله ﷺ عن نسائه البقر. [رقم: ٢٩٤، باب الأمر بالنساء إذا نفس]

وأما الغنم، ففي الصحيحين أيضاً عن أنس. [نصب الراية ٢١٦/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن أنس قال: وضحت بالمدينة كبشين أملحين أقرنين. [رقم: ١٧١٢، باب من نحر هديه بيده]

** أخرجه مسلم عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: "لا تذبحوا إلا مسنة، إلا أن يعسر عليكم، فتذبحوا جذعة من الضأن". [رقم: ١٩٦٣، باب سن الأضحية]

وقال عليه السلام: "نِعِمَّتِ الْأُضْحِيَّةُ الْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ"، * قالوا: وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد، والجذع من الضأن ما تمت له ستة ^{جمع ثني أنه ثني أو جذع} أشهر في مذهب الفقهاء، وذكر الزعفراني ^{رحمته الله} أنه ابن سبعة أشهر، والثني ^{الضأن} منها ومن المعز ابن سنة، ومن البقر ابن سنتين، ومن الإبل ابن خمس سنين، ويدخل في البقر الجاموس؛ لأنه من جنسه، والمولود بين الأهلي والوحشي يتبع الأم؛ لأنها هي الأصل في التبعية، حتى إذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد. قال: وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها، فمات أحدهم قبل النحر، وقالت الورثة: اذبحوها عنه وعنكم: أجزأهم، وإن كان شريك الستة نصرانياً، أو رجلاً يريد اللحم: لم يجز عن واحد منهم. ووجهه: أن البقر تجوز عن سبعة، لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية،

قالوا: وهذا إذا إلخ: أي قال المشايخ جواز الأضحية بالجذع من الضأن إذا كانت الجذعة عظيمة. [البنية ٥٣/١١] في مذهب الفقهاء: وقيد بقوله: في مذهب الفقهاء؛ لأن عند أهل اللغة الجذع من الشياه ما تمت له سنة، كذا في "النهاية". (العناية) لأنها هي الأصل إلخ: لأنه جزؤها، ولهذا يتبعها في الرق والحرية؛ وهذا لأن المنفصل من الفحل هو الماء، وأنه غير محل لهذا الحكم، والمنفصل من الأم هو الحيوان، وهو محل له فاعتبر به. [العناية ٤٣٥/٨] قصد الكل القرية: لأن النص ورد على خلاف القياس في ذلك، فإن قيل: النص ورد في الأضحية، فكيف جوزتم مع اختلاف جهة القرب من الأضحية والقران والمتعة، قلنا: اعتمد على ذلك زفر ^{رحمته الله}، ولم يجوزوه عند اختلافها، لكننا نقول: إذا كانت الجهات قرباً اتخذ معناها من حيث كونها قرية، فجاز الإلحاق، بخلاف ما إذا كان بعضها غير قرية، فإنه ليس في معناه.

* أخرجه الترمذي عن عثمان بن واقد عن كدام بن عبد الرحمن عن أبي كباش قال: جَلَبْتُ غَنَمًا جَذَعًا إِلَى الْمَدِينَةِ، فَكَسَدَتْ عَلَيَّ، فَلَقِيتُ أَبَا هُرَيْرَةَ فَسَأَلْتَهُ، فَقَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: "نِعَمَ أَوْ نَعِمْتَ الْأُضْحِيَّةُ الْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ"، قال: فانتبهه الناس، وقال الترمذي: حديث حسن غريب. [رقم: ١٤٩٩، باب ما جاء في الجذع من الضأن في الأضاحي]

وإن اختلفت جهاتها كالأضحية والقران والمتعة عندنا؛ لاتحاد المقصود، وهو القرية، وقد وجد هذا الشرط في الوجه الأول؛ لأن التضحية عن الغير عرفت قرية، ألا ترى أن النبي ﷺ ضحى عن أمته* على ما روينا من قبل، ولم يوجد في الوجه الثاني؛ لأن النصراي ليس من أهلها، وكذا قصد اللحم ينافيها، وإذا لم يقع البعض قرية، والإراقة لا تتجزأ في حق القرية لم يقع الكل أيضاً، فامتنع الجواز، وهذا الذي ذكره استحسان، والقياس: أن لا يجوز، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه تبرع بالإتلاف فلا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت، لكننا نقول: القرية قد تقع عن الميت كالتصدق، بخلاف الإعتاق؛ لأن فيه إلزام الولاء على الميت، ولو ذبحوها عن صغير في الورثة، أو أم ولد؛ جاز؛ لما بينا أنه قرية،

والقران والمتعة: بأن أراد أحدهم الأضحية وأراد الآخرون انقران والمتعة، فإن ذلك لا يضر. [البنية ٥٦/١١] لأنه تبرع بالإتلاف: لأن نصيب الميت صار ميراثاً، فالتضحية عنه تبرع بالإتلاف، ولهذا لو فعله الغاصب يضمن. (البنية) عن الميت: حيث لا يجوز؛ لأنه تبرع بالإتلاف. (البنية) لأن فيه إلزام إلخ: لأن الولاء لمن أعتق، وليس للوارث الإلزام على الميت، بخلاف الأضحية عنه، فإنها جازت لعدم الإلزام. (البنية) ولو ذبحوها إلخ: وفي بعض النسخ: ولو ذبحها، أي: ولو كان أحد الشركاء صغيراً أو أم ولد فضحى عنه أبوه أو مولاهما جاز. [البنية ٥٨/١١] لما بينا إلخ: يشير إلى وجه الاستحسان، وفي القياس لا يجوز؛ فإن الإراقة لا تتجزأ، وبعض الإراقة صار نفلاً أو لحماً، فصار الكل كذلك؛ لأن الأب لا يجب عليه أن يضحى عن ولده الصغير إذا لم يكن له مال على ظاهر الرواية، فكان الأب متطوعاً، وكذا نصيب أم الولد يكون تطوعاً، ونصيب الميت انقلب تطوعاً أيضاً؛ لأنه لما مات ولم يتعرض لم يجب على الورثة أن يضحوا عنه، وإذا لم يجب عليهم كانوا متطوعين عن الميت.

* تقدم في الحج وغيره. [نصب الراية ٢١٨/٤] أخرجه ابن ماجه في "سننه" عن عائشة وعن أبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ كان إذا أراد أن يضحى اشترى كبشين عظيمين سمينين أقرنين أملحين موجوعين، فذبح أحدهما عن أمته لمن شهد لله بالتوحيد وشهد له بالبلاغ، وذبح الآخر عن محمد وعن آل محمد ﷺ. [رقم: ٣١٢٢، باب أضحاحي رسول الله ﷺ]

ولو مات واحدٌ منهم فذبحها الباقيون بغير إذن الورثة: لا يجزئهم؛ لأنه لم يقع بعضها قربة،
 وفيما تقدم وُجد الإذن من الورثة، فكان قربة. قال: ^{القدوري} ويأكل من لحم الأضحية، ويُطعم
 الأغنياء والفقراء، ويدّخر؛ لقوله ^{عليه السلام}: "كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها
 وادّخروا"، * ومتى جاز أكله وهو غني، جاز أن يؤكله غنياً، ويُستحب أن لا يُنقص
 الصدقة عن الثلث؛ لأن الجهات ثلاث: الأكل والإدخار، لما روينا، والإطعام؛ لقوله تعالى:
 ﴿وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾، فانقسم عليها أثلاثاً. قال: ^{الجهات القدوري} ويتصدق بجلدها؛ لأنه جزء
 منها، أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت، كالنطع والجراب والغربال ونحوها؛ لأن الانتفاع
 به غير محرّم، ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحساناً، وذلك
 مثل ما ذكرنا؛ لأن للبدل حكم المبدل، ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه
 كالخيل والأبازير؛ اعتباراً بالبيع بالدراهم، والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول،
 الوجه

ويأكل من لحم الخ: وفي "الذخيرة": إذا نذر ذبح شاة لا يأكل منها الناذر، ولو أكل فعليه قيمة ما أكل.
 ويستحب الخ: هذا لفظ القدوري في مختصره. (البنية) لما روينا: أراد به قوله ^{عليه السلام}: "فكلوا منها وادّخروا". (البنية)
 القانع والمعتر: القانع: السائل من القنوع لا من القناعة، والمعتر: الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل. (الكفاية)
 مثل ما ذكرنا: يعني كالنطع والجراب والغربال والقدر والقصة؛ لأنه لو دبغه وانتفع به في بيته يجوز،
 فكذا إذا اشترى به ما ينتفع به في بيته؛ لأن للبدل حكم المبدل. [الكفاية ٤٣٦/٨]
 اعتباراً بالبيع بالدراهم: أي قياساً على بيع الجلد بالدراهم حيث لا يجوز. (البنية) والمعنى: أي المعنى في عدم
 اشتراء ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه: أنه تصرف على قصد التمول، وهو قد خرج عن جهة التمول، فإذا تمولته
 بالبيع وجب التصديق؛ لأن هذا الثمن حصل بفعل مكروه، فيكون خبيثاً، فيجب التصديق. [البنية ٦٣/١١]

* أخرجه مسلم عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ^{صلى الله عليه وسلم} أنه نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث، ثم قال بعد:
 "كنوا وتزودوا وادّخروا". [رقم: ١٩٧٢، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث]

واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح. ولو باع الجلد أو اللحم بالدرهم، أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه: تصدق بثمنه؛ لأن القربة انتقلت إلى بدله، وقوله عليه السلام: "من باع جلد أضحيته فلا أضحية له" * يفيد كراهة البيع، أما البيع فحائز؛ لقيام الملك والقدرة على التسليم. ولا يعطي ^{المضحي} أجر الجزار من الأضحية؛ لقوله عليه السلام لعلي عليه السلام: "تصدق بجلالها ونحطامها، ولا تعط ^{الفص} أجر الجزار منها شيئاً"، ** والنهي عنه هي عن البيع أيضاً؛ لأنه في معنى البيع. ويكره أن يجر ^{يقطع} صوف أضحيته،

في الصحيح: احترازاً عما قيل: إنه ليس في اللحم إلا الأكل والإطعام، فلو باع بشيء ينتفع به بعينه لا يجوز، والصحيح ما قال شيخ الإسلام: إن اللحم بمنزلة الجلد إن باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز. [العناية ٤٣٧/٨] وفي "الأجناس": لو أراد بيع لحم الأضحية ليتصدق بثمنها ليس له ذلك، وليس له في اللحم إلا أن يطعم أو يأكل، فصار حاصل الجواب في الجلد: أنه لو باعه بشيء ينتفع به بعينه يجوز، ولو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد ما استهلكه: لا يجوز، وفي اللحم لا يجوز أصلاً، سواء باعه بشيء ينتفع به بعينه أو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه، فلم يبق إلا جهة القرية، وسبيلها التصديق. [الكفاية ٤٣٦/٨-٤٣٧] تصدق بثمنه: لأن التملك بالبدل من حيث التمول ساقط. (البنية) والنهي عنه: أي عن إعطاء الجزار منها. (البنية) معنى البيع: لأن كل واحد منهما معارضة؛ لأنه إنما يعطي الجزار بمقابلة جزره، والبيع مكروه، فكذا ما هو في معناه. [الكفاية ٤٣٧/٨] ويكره أن يجر ^{أخ}: هذا من مسائل "الأصل" ذكره تفريعاً على مسألة "القدوري"، وعن أحمد إن كان الجز أنفع لها بأن كان في الربيع لا يكره. [البنية ٦٥/١١]

* رواه الحاكم في "المستدرک" في تفسير سورة الحج، ورواه البيهقي في "سننه". [نصب الراية ٢١٨/٤] أخرج الحاكم في "المستدرک" عن أبي هريرة مرفوعاً، قال: "من باع جلد أضحيته فلا أضحية له"، وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. [٣٨٩/٢] في تفسير سورة الحج

** أخرجه الجماعة إلا الترمذي. [نصب الراية ٢١٩/٤] أخرج البخاري في "صحيحه" عن علي قال: إن النبي ﷺ أمره أن يقوم على بُدنه، وأن يقسم بدنه كلها لحومها وجلودها وجلالها، ولا يعطي في جزائها شيئاً. [رقم: ١٧١٧، باب يتصدق بجلود الهدي]

ويستفَع به قبل أن يذبحها؛ لأنه التزم إقامة القرية بجميع أجزائها، بخلاف ما بعد الذبح؛
لأنه أقيمت القرية بها كما في الهدْي. ويكره أن يحلب لبنها فيستفَع به كما في الصَّوف.
قال: والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إن كان يحسن الذبح، وإن كان لا يحسنه،
فالأفضل أن يستعين بغيره، وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهد بها بنفسه؛ لقوله عليه السلام
لفاطمة رضي الله عنها: "قومي فاشهدي أضحيتك، فإنه يُغفر لك بأول قطرة من دمها كلُّ
ذنْب".* قال: ويكره أن يذبحها الكتابي؛ لأنه عمل هو قرية، وهو ليس من أهلها، ولو
أمره فذبح: جاز؛ لأنه من أهل الذكاة، والقرية أقيمت بإنابته ونيته، بخلاف ما إذا أمر
المجوسي؛ لأنه ليس من أهل الذكاة، فكان إفساداً.
فإنه لا يحل ذبحه المجوسي ذبحه أو أمره

كما في الصوف: أي كما يكره له الانتفاع بصوفها؛ وهذا لأن اللبن يتولد من عينها، وقد جعلها للقرية،
فلا يصرف شيئاً منها إلى منفعة نفسه قبل أن يبلغ محلها، ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينتقص
اللبن فلا يتأذى به، إلا أن هذا إنما يقع إذا كان بقرب من أيام النحر، وأما إذا كان بالبعد فلا يفيد هذا؛
لأنه ينزل ثانياً وثالثاً بعد ما ينتقص، ولكن ينبغي أن يحلبها، ويتصدق باللبن كالهدي إذا عطب قبل أن
يلغ محلها، فإن عليه أن يذبحه، ويتصدق بلحمه كذا في "المبسوط". [الكفاية ٤٣٧/٨ - ٤٣٨]
قال: وليس في النسخ "الصحيحة" لفظة قال. [البنية ٦٦/١١] بإنابته ونيته: أي بإنابة المسلم الكتابي،
ونية المسلم أيضاً بالأضحية. [البنية ٦٨/١١]

* روي من حديث عمران بن حصين، ومن حديث أبي سعيد الخدري، ومن حديث علي بن أبي طالب.
[نصب الراية ٢١٩/٤] أخرجه الحاكم في "المستدرک" عن عمران بن حصين أن النبي ﷺ قال لفاطمة رضي الله عنها:
"قومي إلى أضحيتك فأشهديها، فإنه يغفر لك عند أول قطرة من دمها كل ذنب عملته"، وقولي: ﴿إِنَّ صَلَاتِي
وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ﴾ إلى قوله: ﴿مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾، قال عمران: قلت: يا رسول الله ﷺ! هذا لك،
وأهل بيتك خاصة أم للمسلمين عامة؟ قال: "لا بل للمسلمين عامة". [٢٢٢/٤، كتاب الأضاحي]

قال: وإذا غلط رجلان، فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر: أجزأ عنهما،
 ولا ضمان عليهما، وهذا استحسان. وأصل هذا: أن مَنْ ذبح أضحية غيره بغير
 إذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها، ولا يجزئه عن الأضحية في القياس، وهو
 قول زفر رحمته، وفي الاستحسان: يجوز ولا ضمان على الذابح، وهو قولنا. وجه
 القياس: أنه ذبح شاة غيره بغير أمره، فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب،
 وجه الاستحسان: أنها تعينت للذبح؛ لتعينها للأضحية حتى لا للأضحية وجب عليه أن يضحى
 بها بعينها في أيام النحر، ويكره أن يبدل بها غيرها، فصار المالك مستعيناً بكل مَنْ
 يكون أهلاً للذبح آذناً له دلالة؛ لأنها تفوت بمضي هذه الأيام،
 الأضحية

قال إلخ: وليس في النسخة الصحيحة لفظة قال. (البنية ٦٩/١١) وإذا غلط رجلان: هذا شرط؛ لأنه ذكر في
 "النوادر" ابن سماعة عن محمد لو تعمد الرجل ذبح أضحية رجل عن رجل، لم يجز عن صاحب الأضحية،
 ولو أن صاحب الأضحية ضمن الذابح قيمته في العمد جازت الأضحية عن الذابح. قولنا: أي قول أئمتنا
 أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم. [البنية ٦٩/١١] أنه ذبح إلخ: والتضحية قربة فلا يتأدى بنية غيره.
 حتى وجب عليه: هذا في نذر الغني، وشراء الفقير. [الكفاية ٤٣٨/٨] يبدل بها غيرها: يعني إذا كان
 غنياً، وأما في الفقير فلا يجوز الاستبدال، ولكن يجوز استبدالها بخير منها عند أبي حنيفة ومحمد وأحمد،
 وعند مالك في المنذورة وغيرها، وعند الشافعي وأبي يوسف وأبي الخطاب الحنبلي رحمهم لا يجوز؛ لأنه
 قد جعلها الله سبحانه وتعالى، فلم يملك أن يتصرف فيها بالاستبدال كالوقف. [البنية ٦٩/١١ - ٧٠]
 مستعيناً: أي طالباً للعتاق، والعون من كل من كان أهلاً للذبح، احترز به عن المجوسي ونحوه. [البنية ٧٠/١١]
 آذناً له [أي إذناً لكل من هو أهل للذبح بالذبح] دلالة: الإذن دلالة كالإذن صريحاً كما في شرب ماء
 السقاية، وذبح شاة شد القصاب رجلها للذبح؛ لأن الشاة تعينت للذبح لشد الرجل، فيكون راضياً
 بالذبح دلالة، مع أنه ربما يعرض له مانع من الذبح كذا هذا، والله أعلم. [الكفاية ٤٣٨/٨ - ٤٣٩]

وعساه يعجز عن إقامتها بعوارض، فصار كما إذا ذبح شاة شدَّ القصابُ رجلها. فإن
المالك قيل: يفوته أمرٌ مستحب، وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به. قلنا:
يحصل له به مستحبان آخران: صيرورته مضحياً لما عينه، وكونه معجلاً به فيرتضيه.
ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل إستحسانية، وهي: أن من طبخ لحم غيره، أو
طحن حنطته، أو رفع جـرثته فانكسرت، أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير
أمر المالك: يكون ضامناً. ولو وضع المالك اللحم في القدر، والقدر على الكانون،
والحطب تحته، أو جعل الحنطة في الدورق، وربط الدابة عليه، أو رفع الجرة وأمالها إلى
نفسه، أو حمل على دابته، فسقط في الطريق، فأوقد هو النار فيه فطبخه، أو ساق الدابة
فطحنها، أو أعانه في رفع الجرة، فانكسرت فيما بينهما، أو حمل على دابته ما سقط
فعطبت، لا يكون ضامناً في هذه الصور كلها استحساناً؛ لوجود الإذن دلالة. إذا ثبت
هذا، فنقول في مسألة الكتاب: ذبح كل منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحاً، فهي
خلافية زفر بعينها، ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا، فيأخذ كل واحد
منهما مسلوخة من صاحبه، ولا يضمنه؛ لأنه وكيله فيما فعل دلالة.

قلنا: وفي بعض النسخ: قلت. (البنية) معجلاً به: والتعجيل أفضل وأحب. الدورق: بفتح الدال وسكون
الواو وفتح الراء في آخره قاف، والمراد به هنا شيء في صفته صندوق مطاول يعلق فوق الرحي يوضع فيه
الحنطة ينزل منه إلى قطب الرحي ليطحن، وفي الأصل: هو مكيال التراب قاله في "ديوان الأدب"، وقال
ابن دريد: وأما الدورق الذي يستعمل، فأعجمي معرب. [البنية ٧١/١١] فيما فعل دلالة: أي من حيث
الدلالة، فصار كوكيله نصاً. [البنية ٧٣/١١]

فإن كانا قد أكلا، ثم علما: فليحلل كل واحد منهما صاحبه، ويجزيهما؛ لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز وإن كان غنياً، فكذا له أن يحلله في الانتهاء، وإن تشاحا: فلكل واحد منهما أن يضمّن صاحبه قيمة لحمه، ثم يتصدق بتلك القيمة؛ لأنها بدل عن اللحم، فصار كما لو باع أضحيته؛ وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له، ومن أتلّف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه. ومن غصب شاة فضحى بها: ضمن قيمتها، وجاز عن أضحيته؛ لأنه ملكها بسابق الغصب، بخلاف ما لو أودع شاة، فضحى بها؛ لأنه يضمّنه بالذبح، فلم يثبت الملك له إلا بعد الذبح، والله أعلم بالصواب.

فإن كان قد إلخ: وهذا من مسائل "النوادر" ذكره تفريعاً على مسألة "القدوري". (البنية) تشاحاً: بالخاء المهملة، أي تنازعا وتخاصما، ولم يحلل كل منهما صاحبه. [البنية ٧٣/١١] كما لو باع إلخ: يعني أنه لو باع أضحيته، واشترى بقيمتها غيرها، فلو كان غيرها أنقص من الأولى تصدق بما فضل على الثانية، ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله. (العناية) ومن أتلّف إلخ: متصل بقوله: وإن تشاحا، يعني إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما مثلاً لحم أضحية صاحبه، ومن أتلّف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه، وهو قوله: فلكل واحد منهما أن يضمّن صاحبه قيمة لحمه. [العناية ٤٣٨/٨] ما ذكرناه: وهو تضمين قيمة اللحم، والتصدق بها. (البنية) ومن غصب شاة إلخ: ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه، فإن ضمنه المالك قيمتها يجوز عن الذابح دون المالك؛ لأنه ظهر أن الإراقة حصلت على ملكه. لأنه ملكها إلخ: أي لأن الغاصب مَلَكَ الشاة التي ضحى بها مسنداً إلى الغصب السابق، فكانت التضحية واردة على ملكه، وهذا يكفي للتضحية. [البنية ٧٤/١١]

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه: تكلموا في معنى المكروه، والمروي عن محمد رضي الله عنه نصاً: أن كل مكروه حرام، إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما: أنه إلى الحرام أقرب، وهو يشتمل على فصول: منها:

فصل في الأكل والشرب

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يُكره لحوم الأتْنِ وألبانها، وأبوال الإبل، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما: لا بأس بأبوال الإبل. وتأويل قول أبي يوسف رضي الله عنه: أنه لا بأس بها للتداوي، وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها،

كتاب الكراهية: [هي ضد الرضا والإرادة لغة، وفي الشرع ما هو المذكور في الكتاب. (الكفاية)] وأورد الكراهية بعد الأضحية؛ لأن عامة مسائل كل واحد منهما لم تخل من أصل أو فروع ترد فيه الكراهية، ألا يرى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكروهة، وكذا التصرف في الأضحية بجز صوفها وحلب لبنها، وإبدال غيرها مكانها، وكذلك ذبح الكتابي وغير ذلك. [نتائج الأفكار ٤٣٩/٨]

إلا أنه لما لم يجد: أي إذا وجد نصاً ثبت القول في المنصوص بالتحريم والتحليل، وفي غير المنصوص بقوله في الحل: لا بأس، وفي الحرمة مكروه. (البنية) لم يطلق عليه لفظ إلخ: الحاصل: أنهم اختلفوا في مراد محمد رضي الله عنه في المكروه. [البنية ٧٧/١١] إلى الحرام أقرب: ثم إن هذا حد المكروه كراهية تحريم، وأما كراهية المكروه كراهية تنزيه فإلى الحل أقرب هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب. [نتائج الأفكار ٤٤٠/٨]

لحوم الأتْن: خص الأتْن مع شمول الكراهية لحم سائر الحمر؛ ليستقيم عطف الألبان عليه. [الكفاية ٤٤٠/٨ - ٤٤١]

وتأويل قول أبي يوسف إلخ: والاحتياج إلى التأويل إلى قوله، وأما على قول محمد رضي الله عنه فظاهر؛ لأن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما.

واللبن متولّد من اللحم، فأخذ حكمه. ^{القدوري} قال: ولا يجوز الأكل والشرب والإدهان والتطيّب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء؛ لقوله عليه السلام في الذي يشرب في إناء الذهب والفضة: "إنما يُجرّجِرُ في بطنه نار جهنم"، * وأُتي أبو هريرة بشراب في إناء فضة فلم يقبله، وقال: هانا عنه رسول الله ﷺ. ** وإذا ثبت هذا في الشراب، فكذا في الإدهان ونحوه؛ لأنه في معناه، ^{من التطيب}

فأخذ حكمه: يرد عليه لبن الخيل على قول أبي حنيفة. في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالاً مما لا بأس به، وأكل لحمه محرماً مع أن لبن الخيل متولّد من لحمه، فلا بد من زيادة قيد، وهو أن يقال بعد قوله: فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما؛ لما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد، ولا يوجد ذلك في اللبن، فكان شربه مما لا بأس به. [العناية ٤٤١/٨]

نار جهنم: في "المغرب": هذا محفوظاً من الثقات بنصب الراء، ومعناه: يرددها من جرّج الفحل إذا ردد صوته في حنجرتة، وتفسير الأزهري يجرّج أي يحذر يعني يرسل وكذا نقله صاحب "القرنين"، وأما ما في الفردوس من رفع النار، وتفسير يجرّج بصوت، فليس بذلك. [الكفاية ٤٤١/٨]

لأنه في معناه: أي لأن الإدهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها؛ لأن كلاهما استعمال لها، والمحرم هو الاستعمال، قيل: صورة الإدهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة، ويصب الدهن به على الرأس، وأما إذا أدخل يده فيها، وأخذ الدهن، ثم صبه على الرأس لا يكره. قال صاحب "النهاية": =

* أخرجه البخاري ومسلم. [نصب الراية ٢٢٠/٤] أخرج البخاري في "صحيحه" عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق عن أم سلمة زوج النبي ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: "الذي يشرب في إناء الفضة إنما يجرّجِرُ في بطنه نار جهنم". [رقم: ٥٦٣٤، باب آنية الفضة]

** غريب عن أبي هريرة، وهو في الكتب الستة عن حذيفة. [نصب الراية ٢٢٠/٤] وأخرج البخاري في "صحيحه" عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أنهم كانوا عند حذيفة فاستسقى فسقاه محوسى، فلما وضع القدح في يده رماه به، وقال: لولا أني نهيته غير مرة ولا مرتين كأنه يقول: لم أفعل هذا، ولكني سمعت النبي ﷺ يقول: "لا تلبسوا الحرير ولا الديباج، ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها، فإنها لهم في الدنيا، ولنا في الآخرة". [رقم: ٥٤٢٦، باب الأكل في إناء مفضض]

ولأنه تشبّه بزيّ المشركين، وتنعم بتنعم المترفّفين والمُسرفين، وقال في "الجامع الصغير":
 يكره، ومراده: التحريم، ويستوي فيه الرجال والنساء؛ لعموم النهي، وكذلك الأكلُ
 بملعة الذهب والفضة، والاكْتِحَالُ بِمِثْلِ الذَّهَبِ والفضة، وكذلك ما أشبه ذلك
 كَالْمُكْحَلَةِ، والمرآة وغيرهما؛ لما ذكرنا. قال: ^{القدوري} ولا بأس باستعمال آنية الرّصاص
 والزجاج والبلّور والعقيق، وقال الشافعي رحمته: يُكره؛ لأنه في معنى الذهب والفضة
 في التفاخر به، قلنا: ليس كذلك؛ لأنه ما كان من عاداتهم ^{المشركين} التفاخرُ بغير الذهب
 والفضة. قال: ^{القدوري} ويجوز الشرب في الإناء المفضّض عند أبي حنيفة رحمته، والركوبُ على
 السّرج المفضّض، والجلوس على الكرسي المفضّض، والسرير المفضّض إذا كان
 يتقي موضع الفضة، ومعناه يتقي موضع الفم، وقيل: هذا وموضع اليد في الأخذ، وفي
 السرير والسرج موضع الجلوس، وقال أبو يوسف رحمته: يكره ذلك،

= كذا ذكره صاحب "الذخيرة" في "الجامع الصغير"، وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة، فإن
 الكحل لا بد أن يتفصل عنها حين الاكْتِحَالِ، ومع ذلك فقد ذكرها في المحرمات. [العناية ٤٤٢/٨]
 ولأنه تشبه: أي ولأن كل من الأكل والشرب والإدْهَان والتطيب في آنية الذهب والفضة ولاسيما ملوك
 الروم والفجرة. (البنية) المترفّفين: وهو المنعم، يقال: أترفه أي نعمه، وأترفته النعمة أي أطعمته، كذا في
 "الديوان". [البنية ٨١/١١] والمرآة: قال أبو حنيفة رحمته: لا بأس بحلقة المرآة من الفضة إذا كانت المرآة
 حديدًا، وقال أبو يوسف رحمته: لا خير فيه. (ردالمحتار) وغيرهما: نحو الجمرة والملقط والمسقط، وكذا
 الركاب واللحام والثفر والكرسي والسرير ونحوها. [البنية ٨٢/١١]
 لما ذكرنا: أشار به إلى قوله: ولأنه تشبه بزيّ المشركين. (البنية) والبلّور والعقيق: ويجوز استعمال
 الأواني من الصفر؛ لما روي عن عبدالله بن بريدة أنه قال: "أنا رسول الله ﷺ، فأخرجنا له ماء في تور من
 صفر فتوضأ"، رواه البخاري وأبو داود وغيرهما. هذا: أي يتقي موضع الفم. [البنية ٨٣/١١]

وقول محمد ﷺ يروى مع أبي حنيفة ﷺ، ويروى مع أبي يوسف ﷺ، وعلى هذا الخلاف الإناء المَضْبَبُ بالذهب والفضة، والكرسي المَضْبَبُ بهما، وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرأة، أو جعل المصحف مذهباً أو مفضّضاً، وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثَّفر إذا كان مفضّضاً، وكذا الثوب فيه كتابة بذهب، أو فضة على هذا، وهذا الاختلاف فيما يَخْلُصُ، وأما التمويه الذي لا يَخْلُصُ، فلا بأس به بالإجماع. لهما: أن يستعمل جزء من الإناء مُسْتَعْمَلٌ جميع الأجزاء، فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة. ولأبي حنيفة ﷺ: أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره،

المَضْبَبُ: أي المشدد، يقال: باب مضرب أي مشدود بالضباب، وهي الحديد العريضة التي يضرب بها، ومنه ضرب أسنانه بالفضة إذا شدها بها كذا في "المغرب"، وفي "الذخيرة": الضبة: الذهب العريض، أو الفضة العريضة تجعل على وجه الباب، وما أشبه ذلك. [الكفاية ٤٤٢/٨] وكذا إذا إلخ: أي وكذا الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما إذا جعل التضييب. [البنية ٨٣/١١] وحلقة المرأة: والمراد بحلقة المرأة التي تكون حوالي المرأة لا ما يأخذ المرأة بيدها، فإن ذلك مكروه بالاتفاق. [الكفاية ٤٤٢/٨] جعل المصحف مذهباً: يجوز عند أبي حنيفة ﷺ بخلاف لأبي يوسف ﷺ، وبقول أبي يوسف ﷺ قال الشافعي وأحمد رحمهما في تحلية المسجد والمصحف بالذهب والفضة له وجهان، فذكر بعض أصحابه أنه يجوز إعظاماً، ونصه أنه حرام. [البنية ٨٤/١١] والثَّفر: وهو الذي يجعل تحت ذنب الدابة. [البنية ٨٤/١١] وكذا الثوب: أي على الخلاف المذكور، وكذا الخلاف إذا كان في نصل السكين فضة أو قبضة السيف. (البنية) سيأتي أن المنسوج بذهب يحل إن كان مقدار أربع أصابع. (ردالمحتار) بالإجماع: أراد بالإجماع: اتفاق أصحابنا رحمهم؛ لأن فيه خلاف الشافعي رحمه، والتمويه هو التطلية بماء الذهب أو الفضة. [البنية ٨٤/١١] أن ذلك: أي التفضيض ونحوه إذا لم يستعمل بخصوصه. فلا يكره: فإن كلها يجوز؛ لأنه تابع.

كالحِجَّةِ المكفوفة بالحرير، والعَلَمُ في الثوب، ومسمار الذهب في الفَصِّ. قال: ومن أرسل أجيرًا له مجوسيًا أو خادماً، فاشترى لحمًا، فقال: اشتريته من يهودي أو نصراني ^{خادماً مجوسياً} أو مسلم: وسعه أكله؛ لأن قول الكافر مقبول في المعاملات؛ لأنه خبر صحيح؛ لصدوره عن عقل ودين يُعْتَمَدُ فيه حرمة الكذب، والحاجة ماسة إلى قبوله لكثرة وقوع المعاملات. قال: وإن كان غير ذلك: لم يسعه أن يأكل منه، معناه: إذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم؛ لأنه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة. قال: ويجوز أن يُقْبَلَ في الهدية والإذن قولُ العبد والجارية والصبي؛ لأن الهدايا تبعث عادةً على أيدي هؤلاء، وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب في الأرض والمبايعة في السوق، فلو لم يُقْبَلَ قولهم يؤدي إلى الحَرَج. وفي "الجامع الصغير": إذا قالت جارية لرجل: بعثني مولاي إليك هدية،

كالحِجَّةِ المكفوفة: يقال: ثوب مكفوف لما كف جيبه وأطراف كفيه بشيء من الديباج، وقد صبح أن النبي ﷺ لبس جبة أطرافها من الديباج. [الكفاية ٤٤٣/٨] والعلم في الثوب: علم الثوب رقمه وهو الطراز كما في "القاموس"، والمراد به: ما كان من خالص الحرير نسجاً أو خياطة. (ردالمحتار) مقبول إلخ: لا يقال: كان ينبغي أن لا يقبل قوله؛ لأنه إخبار بأن هذا لحم حلال والحل والحرمة من الديانات، ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل، والمجوسي ليس بعدل؛ لأننا نقول: إنه إخبار بالشراء من يهودي، أو نصراني، أو مسلم، وإنه من المعاملات، وإنما يثبت الحل في ضمنه. وكذلك لو قال: اشتريته من غيرهم إثبات الحرمة فيه ضمني، فلما قبل قوله في الشراء يثبت ما في ضمنه؛ لأنه كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، كوقف المنقول ضمناً بغير المنقول، وكبيع الشرب وغيره. [الكفاية ٤٤٤/٨] يقبل في الهدية: أي قال العبد، أو الجارية، أو الصبي: إن هذه هدية أرسلها بيدي فلان. [البنية ٨٦/١١] والإذن: أي قال العبد، أو الجارية، أو الصبي: أنا ماذون في التجارة من فلان. [البنية ٨٦/١١]

وسعه أن يأخذها؛ لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسها؛
لما قلنا. قال: ويقبل في المعاملات قول الفاسق، ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل،
ووجه الفرق: أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس، فلو شرطنا شرطاً
زائداً يؤدي إلى الحرج، فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان أو فاسقاً، كافراً كان أو
مسليماً، عبداً كان أو حرّاً، ذكراً كان أو أنثى؛ دفعاً للحرج. أما الديانات فلا يكثر
وقوعها حسب وقوع المعاملات، فجاز أن يُشترط فيها زيادة شرط، فلا يقبل فيها
إلا قول المسلم العدل؛ لأن الفاسق مُتهم والكافر لا يلتزم الحكم، فليس له أن يلزم
المسلم، بخلاف المعاملات؛ لأن الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا إلا بالمعاملة، ولا يتهيأ
له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها، فكان فيه ضرورة، ولا يقبل فيها قول المستور في
ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة رحمته الله: أنه يقبل قوله فيها؛ جرياً على مذهبه أنه يجوز
القضاء به، وفي ظاهر الرواية: هو والفاسق فيه سواء، حتى يعتبر فيهما أكبر الرأي.
المستور والفاسق

لما قلنا: إشارة إلى قوله: لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء، إشارة إلى قوله: فلو لم يقبل قولهم
يؤدي إلى الحرج. [البنية ٨٨/١١] في المعاملات: قيل: ذكر فخر الإسلام في موضع من كتابه أن إخبار
المميز لغير العدل يقبل في مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري. [نتائج الأفكار ٤٤٥/٨]
لأن الفاسق متهم: لأن في قبول قوله إلزام المسلم فلا يجوز. (البنية) فيه ضرورة: أي فوجد في قبول
قوله ضرورة. (البنية) قول المستور: وهو الذي لا يعلم ما حاله، لم يظهر عدالته ولا فسقه. [البنية ٩٠/١١]
أنه يجوز القضاء: أي يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في الشاهد عند أبي حنيفة رحمته الله إذا لم يطعن
الخصم، والصحيح: أن المستور كالفاسق لا يكون خبره حجة، حتى تظهر عدالته. [الكفاية ٤٤٦/٨]
وفي ظاهر الرواية: وظاهر الرواية أصح؛ لأنه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة؛ ليكون الخبر ملزماً،
وقد سقط اعتبار العدد، فبقي اعتبار العدالة. [العناية ٤٤٥/٨]

قال: ^{القدوري} ويقبل فيها قول العبد والحر والأمة إذا كانوا عدولاً؛ لأن عند العدالة الصدق ^{الديانات} راجح والقبول لرجحانه، فمن المعاملات ما ذكرناه، ومنها: التوكيل، ومن الديانات: الإخبار بنجاسة الماء، حتى إذا أخبره مسلمٌ مرضيٌ ^{كالشراء والإذن} لم يتوضأ به ويتيمم، ولو كان المخبر فاسقاً، أو مستوراً تحرّى، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به، ^{بنجاسة الماء} وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط، ومع العدالة يسقط احتمال الكذب، فلا معنى للاحتياط بالإراقة، أما التحري فمجرد ظن. ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم؛ لترجح جانب الكذب بالتحري، وهذا جواب الحكم، فأما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء؛ لما قلنا. ومنها: الحل والحرمه إذا لم يكن فيه زوال الملك،

قال إـخ: وليس في النسخ الصحيحة لفظة قال. (البنية) ولا يتوضأ به: لأن غلبة الظن دليل شرعي. [البنية ٩١/١١] ومع العدالة: يعني إذا أخبر عدل بنجاسة الماء يتيمم من غير إراقة الماء؛ لسقوط احتمال الكذب مع العدالة. (الكفاية) أما التحري إـخ: فيحتمل بالإراقة إن وقع في قلبه أنه صادق في إخباره بنجاسة الماء. [الكفاية ٤٤٧/٨] لما قلنا: إشارة إلى قوله: لأن التحري مجرد ظن، فكان فيه احتمال الخطاء، وإن لم يترجح أحد الجانبين، فالأصل هو الطهارة. [الكفاية ٤٤٧/٨]

الحل والحرمه: يقبل فيهما خبر الواحد العدل إذا لم يتضمن زوال الملك كالإخبار بحرمه الطعام والشراب، يقبل فيها قول العدل، فلا يحل الأكل ولا الإطعام؛ لأنها حق الله تعالى، فيثبت بخبر الواحد، ولا يخرج عن ملكه؛ لأن بطلان الملك لا يثبت بخبره، وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك، وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل كما إذا أخبر رجل، أو امرأة عدل للزوجين، بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة، بل لابد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين؛ لأنه الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور، فكان متضمناً لزوال الملك. فإن قيل: قد تقدم قوله؛ لأنه لما قبل قوله أي قول المجوسي في الحل، أولى أن يقبل في الحرمة، وهو يدل على أن العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط، فكان كلامه متناقضاً، أجيب: بأن ذلك كان ضمناً، وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، فلا تناقض؛ لأن المراد ههنا ما كان قصدياً. [العناية ٤٤٧/٨]

وفيهما تفاصيل وتفريعات، ذكرناها في "كفاية المنتهي". قال: ومن دُعِيَ إلى وليمة،
 أو طعام فوجد ثَمَّةً لَعْباً، أو غناء: فلا بأس بأن يقعد ويأكل، قال أبو حنيفة رحمته الله:
 ابتليت بهذا مرة فصبرت؛ وهذا لأن إجابة الدعوة سنة، قال عليه السلام: "مَنْ لَمْ يُجِبِ
 الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى أبا القَاسِمِ"، * فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره،
 كصلاة الجنائز واجبة الإقامة وإن حضرها نياحةً، فإن قدر على المنع منهم، وإن
 لم يقدر يصبر، وهذا إذا لم يكن مُقْتَدِيً به، فإن كان مُقْتَدِيً ولم يقدر على منعهم
 يخرج ولا يقعد؛ لأن في ذلك شَيْنَ الدين، القفود وفتح باب المعصية على المسلمين، والمحكي
 عن أبي حنيفة رحمته الله في "الكتاب" كان قبل أن يصير مُقْتَدِيً به، ولو كان ذلك على
 المائدة لا ينبغي أن يقعد وإن لم يكن مقتدي؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقْعُدُوا بَعْدَ الذِّكْرِ﴾
 مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ، وهذا كله بعد الحضور، ولو علم قبل الحضور لا يحضر؛

وهذا: أي جواز القعود هناك والأكل فيه. [البنية ٩٩/١١] منهم: ليكون عاملاً بقوله عليه السلام: "من رأى
 منكم منكراً فليغيره بيده". الحديث. [العناية ٤٤٨/٨] باب المعصية: لأن الناس ينقعدون به ويجلسون
 مجالس اللعب والغناء والفسق، فإذا مُنِعُوا يحتجون بحضور المقتدي، ففيه مفسدة عظيمة. [البنية ١٠١/١١]
 والمحكي عن أبي حنيفة إله: هذا جواب عما يقال: إنكم قلتم إنه إذا كان مقتدي ولم يقدر على منعهم
 يخرج، وقد ذكر في الكتاب أي في "الجامع الصغير": أن أبا حنيفة رحمته الله ابتلى به مرة وصبر، ولم يخرج،
 الجواب أن ذلك كان قبل أن يصير أبو حنيفة رحمته الله مقتدي، فإنه في ذلك الوقت ما كان يقتدي به،
 فلا يصير حجة. [البنية ١٠١/١١]

* أخرج مسلم بمعناه الصحيح في النكاح عن ثابت بن عياض الأعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:
 "شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها، ويُدعى إليها من يابهاها، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله
 ورسوله". [رقم: ١٤٣٢، باب الأمر بإجابة الداعي إلى الدعوة]

لأنه لم يلزمه حقُّ الدعوة، بخلاف ما إذا هجم عليه؛ لأنه قد لزمه، ودلت المسألة
على أن الملاهي كلها حرام، حتى التغني بضرب القضيب، وكذا قول أبي حنيفة رحمته ^{ولم يلزمه}:
ابتليت؛ لأن الابتلاء بالمحرّم يكون.

فصل في اللبس

قال: لا يحلّ للرجال لبس الحرير ويحلّ للنساء؛ لأن النبي عليه ^{القدوري} صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس
الحرير والديباج،

لم يلزمه حق إتح: لأن إجابة الدعوة إنما تلزم إذا كانت الدعوة على وجه السنة، هذا إذا كانوا لا يتركون
بحضوره، وإن كانوا يتركون احتشاماً له واحتراماً له يحضر؛ لأن حضوره يكون من باب النهي عن
المنكر. [الكفاية ٤٥٠/٨] إذا هجم عليه: أي بغتة غير عالم بذلك حين دُعي إلى الوليمة. (البنية)
ودلت المسألة إتح: لأن محمداً عليه ^{عليه السلام} أطلق اسم اللعب والغناء بقوله: فوجد ثمة اللعب والغناء، فاللعب وهو
اللهو حرام بالنص، قال عليه ^{عليه السلام}: "هو المؤمن باطل إلا في ثلاث: تأديبه فرسه"، وفي رواية: "ملاعبته
بفرسه، ورميه عن قوسه، وملاعبته مع أهله"، وهذا الذي ذكره ليس من هذه الثلاث، فكان باطلاً، ثم
الكلام في الغناء، قال بعضهم: دلت المسألة على أن مجرد الغناء والاستماع إليه معصية؛ لقوله عليه ^{عليه السلام}:
"استماع الملاهي معصية، والجلوس عليها فسق، والتلذذ بها من الكفر"، إنما قال: ذلك على سبيل التشديد،
وإن سمع بغتة، فلا إثم عليه، ويجب عليه أن يجتهد كل الجهد حتى لا يسمع. [الكفاية ٤٥٠/٨]
بضرب القضيب: قال تاج الشريعة: عني به قصب الحارس أراد أن التحريم لا يختص بالمزامير، وأن
الضرب بالقصب والتغني مع ذلك حرام أيضاً. [البنية ١٠٢/١١-١٠٣] الابتلاء بالمحرّم: يعني في المباح
لا يقول: ابتليت. (البنية) في اللبس: قال صاحب "النهاية": لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما
يتوارد على الإنسان مما يحتاج إليه بالفصول، فقدم اللبس على الوطء؛ لأن الحاجة إلى اللبس أشد منه إلى
الوطء. [نتائج الأفكار ٤٥٢/٨-٤٥٣] الحرير: الإبريسم المصنوع، يسمى الثوب المتخذ منه حريراً، وفي
جمع التفريق الحرير ما كان مضمناً. [البنية ١٠٥/١١]

وقال: "إنما يلبسه مَنْ لا خلاقَ له في الآخرة"،* وإنما حَلَّ للنساء بحديث آخر، وهو ما رواه عِدَّةٌ من الصحابة رضي الله عنهم، منهم علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وبإحدى يديه حرير، وبالأخرى ذهب، وقال: "هذان مُحَرَّمَانِ عَلَى ذَكَورِ أُمِّي حَلَالٌ لِنِائْتِهِمْ"، ويروى! "حَلٌّ لِنِائْتِهِمْ".** إلا أن القليل عَفُوٌّ، وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام

حل للنساء: لما ذكر الحرمة والحل استدل على الحرمة بقوله عليه السلام: "إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة"، وهو عام في الذكر والأنثى لزم أن يقول: وإنما للنساء بحديث آخر. [العناية ٤٥٣/٨] بحديث آخر: الدليل دل على أن مقتضى الحل للإناث متأخر، وهو استعمال الإناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكير، وهذا آية قاطعة على تأخره. (الكفاية) مقدار ثلاثة: في العرض مضمومة لا منشورة. كالأعلام: وفي "السير الكبير": أن العلم حلال مطلقاً، سواء كان صغيراً أو كبيراً، ومن الناس من حرم ذلك؛ لعموم النهي. [الكفاية ٤٥٤/٨]

*هما حديثان. [نصب الراية ٢٢٢/٤] فالأول: أخرجه البخاري في "صحيحه" عن حذيفة قال: إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لا تلبسوا الحرير ولا الدِّيَّاج، ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها، فإنها لهم في الدنيا". [رقم: ٥٨٣٧، باب افتراش الحرير] والثاني: أخرجه البخاري عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رأى حلة سراء عند باب المسجد، فقال: يا رسول الله لو اشتريت هذه فلبستها يوم الجمعة وللوفد إذا قدموا عليك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنما يلبس هذه من لا خلاق له في الآخرة، ثم جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم منها حلل فأعطى عمر بن الخطاب رضي الله عنه منها حلة، فقال عمر: يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطارٍ ما قلت، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إني لم أكسكها لتلبسها" فكساها عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخاً له بمكة مشركاً. [رقم: ٨٨٦، باب يلبس أحسن ما يجد]

**حديث علي رواه أبوداود وابن ماجه في اللباس، والنسائي في الزينة، وأحمد في "مسنده"، وابن حبان في "صحيحه". [نصب الراية ٢٢٢/٤-٢٢٣] أخرجه أبوداود في "سننه" عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه يقول: إن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ حريراً فجعله يمينه، وأخذ ذهباً فجعله في شماله، ثم قال: "إن هذين حرام على ذكور أُمِّي". [رقم: ٤٠٥٧، باب في الحرير للنساء]

والمكفوف بالحرير؛ لما روي: "أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة" * أراد الأعلام، وعنه عليه السلام: "أنه كان يلبس جُبَّةً مكفوفة بالحرير." ** قال: القدوري
ولا بأس بتوسُّده، والنوم عليه عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: يكره، وفي "الجامع الصغير":
ذكر قول محمد رحمته الله وحده ولم يذكر قول أبي يوسف رحمته الله، وإنما ذكره القدوري
وغيره من المشايخ رحمهم الله، وكذا الاختلاف في ستر الحرير، وتعليقه على الأبواب.
لهما: العمومات، ولأنه من زيِّ الأكاسرة والجبابرة، والتشبه بهم حرام،

مكفوفة: أي مكفوفة الجيب والكمين. يكره: أي يكره ذلك، ويستوي فيه الرجل والمرأة، بخلاف اللبس ذكره في "الخلاصة". [البنية ١١/١١٣] وإنما ذكره القدوري إلخ: ذكره الكرخي في "مختصره" قول أبي يوسف مع محمد رحمته الله، وتبعه القدوري على ذلك، وكذا ذكره أبو عاصم القاضي رحمته الله، وذكر الفقيه أبو الليث قول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمته الله في شرح "الجامع الصغير". [البنية ١١/١١٣]
ستر الحرير: أي لا بأس به عند أبي حنيفة رحمته الله، خلافاً لهما أي لأبي يوسف ومحمد رحمتهما الله. (البنية) لهما العمومات: يريد به قوله: "نهى عن لبس الحرير"، وقوله: "إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة". [العناية ٨/٤٥٤] زيِّ الأكاسرة إلخ: الأكاسرة جمع كسرى - بفتح الكاف وكسرهما - وهو اسم كل من ملك فارس من العجم، والجبابرة جمع جبار، وهو المتكبر. [البنية ١١/١١٤]

* أخرجه مسلم عن قتادة عن الشعبي عن سويد بن غفلة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب بالجابية، فقال: "نهى رسول الله صلوات الله عليه وآله عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاث أو أربع". [رقم: ٢٠٦٩، باب تحريم استعمال إناء الذهب والحرير على الرجل]

** أخرجه مسلم عن عبد الله أبي عمر مولى أسماء بنت أبي بكر قال: رأيت ابن عمر في السوق وقد اشترى ثوباً شامياً، فرأى فيه خيطاً أحمر فرده، فأتيت أسماء، فذكرت ذلك لها، فقالت: يا جارية ناوليني جبة رسول الله صلوات الله عليه وآله، فأخرجت لي جبة طيالة كسروانية لها لبنة ديباج وفرجاها مكفوفان بالديباج، فقالت: "كانت هذه عند عائشة حتى قبضت، فلما قبضت أخذتها وكان النبي صلوات الله عليه وآله يلبسها، فنحن نغسلها للمرضى نستشفى بها". [رقم: ٢٠٦٩، باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة على الرجال والنساء]

وقال عمر رضي الله عنه: "إياكم وزيّ الأعاجم"، * وله ما روي: "أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير"، ** وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير، *** ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام، فكذا القليل من اللبس والاستعمال، والجامع: كونه نموذجاً على ما عرف. قال: القُدوري ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما؛ لما روى الشعبي رضي الله عنه: "أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب"، **** ولأن فيه ضرورة، فإن الخالص منه أَدْفَعُ لِمَعْرَةِ السلاح، وأهيبُ في عين العدو لبريقه.

كونه نموذجاً: [النموذج - بفتح النون - معرب بمعنى الأنموذج، بضم الهمزة] يريد به أن المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة؛ ليرغب في تحصيل سبب يوصله إليه. [العناية ٤٥٤/٨ - ٤٥٥] ولأن فيه إلخ: أي في لبس الحرير في الحرب. [البناءة ١١٧/١١]

* رواه ابن حبان في "صحيحه" في النوع التاسع من القسم الرابع من حديث شعبة عن قتادة قال: سمعت أبا عثمان يقول: أتانا كتابُ عمر ونحن بأذربيجان مع عتبة بن فرقد: أما بعد: فاتزروا، وارقدوا وانتعلوا وارموا بالخفاف، واقطعوا السراويلات، وعليكم بلباس أبيكم إسماعيل، وإياكم والتنعم وزيّ العجم، وعليكم بالشمس، فإنها حمام العرب، واخشوشنوا واخْلَوْلِقُوا، وأرموا الأغراض، وأنزوا نزواً، وأن النبي ﷺ نهانا عن الحرير، إلا هكذا وضم إصبعيه: السبابة والوسطى. [نصب الراية ٢٢٦/٤]

** غريب جداً. [نصب الراية ٢٢٧/٤]

*** يشكل على المذهب حديث حذيفة، قال: نهانا رسول الله ﷺ أن نشرب في آنية الذهب والفضة، وأن نأكل فيها، وعن لبس الحرير والديباج، وأن نجلس عليه أخرجه "البخاري". [رقم: ٥٨٣٧، باب افتراش الحرير]. [نصب الراية ٢٢٧/٤]

**** غريب عن الشعبي. [نصب الراية ٢٢٧/٤] وروى ابن سعد في "الطبقات": قال: أخبرنا القاسم بن مالك المزني عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن قال: "كان المسلمون يلبسون الحرير في الحرب". [١٣٠/٣، في ترجمة عبد الرحمن بن عوف]

ويكره عند أبي حنيفة رحمته الله؛ لأنه لا فصل فيما رويناه، والضرورة اندفعت بالمخلوط، وهو الذي لُحِمَتْه حرير، وسَدَّاه غير ذلك، والمحذور لا يستباح إلا لضرورة، وما رواه **محمول** على المخلوط. **قَالَ** محمد: ولا بأس بلبس ما سَدَّاه حريرٌ ولحمته غير حرير كالقطن والخَزَّ في الحرب وغيره؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخَزَّ،* والخَزُّ مَسْدِيٌّ بالحرير، ولأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج، والنسج باللحمة، فكانت هي **المعتبرة** دون السَّدَى، وقال أبو يوسف رحمته الله: أكره ثوب القَزَّ يكون بين الفَرَّو والظَّهارة، ولا أرى بحشو القَزَّ بأساً؛ **لأن الثوب ملبوسٌ، والحشْوُ غير ملبوس.**

نقيض البطانة

فيما رويناه: يريد به قوله **لُحِمَتْه**: "هذان محرمان على ذكور أمتي". (البنية) والمحذور لا يستباح إلخ: قال بعض المتأخرين: قوله: "والمحذور لا يستباح إلا لضرورة" يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب أيضاً، فحق التعبير والضرورة اندفعت بإباحة الأدنى، فلا حاجة إلى استباحة الأعلى، ولو حملنا المعنى على المحذور لا يستباح، إلا لضرورة. [نتائج الأفكار ٤٥٥/٨] وما رواه **محمول**: هذا جواب عما روياه من حديث الشعبي رضي الله عنه، وإنما حمل على المخلوط توفيقاً بين الدليلين هذا الذي ما فيه الشراح، ولكن الجواب عنه: أنه غير صحيح ولا ثابت أصلاً، نعم إيجاب بما ذكروا من حديث الحكم بن عمير، وأثر الحسن عن تقدير صحتهما، وبقول أبي حنيفة رحمته الله قال أكثر أهل العلم. [البنية ١١٨/١١]

والخَزَّ: [هو اسم دابة سمي المتخذ من وبره خَزّاً] يريد به أن الخَزَّ اسم لثوب سداه حرير ولُحِمَتْه صوف حيوان يكون في الماء. [الكفاية ٤٥٥/٨] هي **المعتبرة** إلخ: لأن الشيء إذا تعلق وجوده بعلّة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجوداً. [البنية ١٢٢/١١] لأن الثوب: أي لأن الثوب إذا كان بين الثوبين فهو ملبوس، ولبس الحرير لا يجوز للرجال، فأما الحشو فليس بملبوس، فلا يكره. [الكفاية ٤٥٦/٨-٤٥٧]

* فيه آثار. [نصب الراية ٢٢٧/٤] أخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن يحيى بن أبي إسحاق قال: رأيت على أنس بن مالك مطرف خز، ورأيت على القاسم مطرف خز، ورأيت على عبيد الله بن عبد الله خَزّاً. [١٥١/٨، باب من رخص في لبس الخَزَّ]

قال: وما كان لحمته حريراً، وسداه غير حرير: لا بأس به في الحرب؛ للضرورة. ^{محمد}
 قال: ويكره في غيره؛ لانعدامها، والاعتبار للحمة على ما بينا. قال: ولا يجوز ^{الضرورة}
 للرجال التحلي بالذهب؛ لما رويناه، ولا بالفضة؛ لأنها في معناها، إلا بالخاتم والمنطقة ^{الذهب}
 وحلية السيف من الفضة؛ تحقيقاً لمعنى النموذج، والفضة أغنت عن الذهب؛ إذ هما ^{الذهب والفضة}
 من جنس واحد، كيف وقد جاء في إباحة ذلك آثار؟ وفي "الجامع الصغير":
 ولا يتختم إلا بالفضة، وهذا نص على أن التختّم بالحجر والحديد والصفّر حرام، ورأى
 رسول الله ﷺ على رجل خاتم صفّر، فقال: "مالي أجد منك رائحة الأصنام"، *

على ما بينا: إشارة إلى قوله: لأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج. [العناية ٤٥٦/٨] لما رويناه: أشار به إلى
 قوله عليه السلام: "هذان محرمان على ذكور أمتي". [البنية ١٢٤/١١] لأنها في معناها: أقول: لما منع أن يمنع كونه في
 معناها، كيف وقد صرح فيما بعد، بأنها أدنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختّم بالذهب على الرجال: لأن
 الأصل فيه التحريم، والإباحة ضرورة التختّم أو النموذج، وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة، ولا يخفى أن
 الأدنى لا يكون في معنى الأعلى، وتوضيحه: أن مقصود المصنف بقوله: لأنها في معناها إثبات عدم جواز
 التحلي بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال. [نتائج الأفكار ٤٥٧/٨]

إلا بالخاتم: هذا استثناء من قوله: "ولا يجوز للرجال" إلخ أي إلا التختّم بالخاتم، والمنطق بالمنطقة بكسر الميم
 وهي التي تسمى بالحياصة. [البنية ١٢٥/١١] والصفّر حرام: لأنه ذكر فيه بكلمة الحصر، فينحصر الجواز
 في الفضة، والصفّر بضم الصاد، وقال أبو عبيد بكسرهما، وهو الذي يتخذ منه الأواني. [البنية ١٢٨/١١]

* أخرجه أبوداود في كتاب الخاتم، والترمذي في اللباس، والنسائي في الزينة. [نصب الراية ٢٣٤/٤]
 أخرجه أبوداود في "سننه" عن عبد الله بن بريدة عن أبيه أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ وعليه خاتم من شبه،
 فقال له: ما لي أجد منك ريح الأصنام؛ فطرحه، ثم جاء وعليه خاتم من حديد، فقال: مالي أرى عليك
 حلية أهل النار، فطرحه، فقال: يا رسول الله من أي شيء أتخذه؟ قال: اتخذه من ورق ولا تُثمه مثقالاً.
 [رقم: ٤٢٢٣، باب ما جاء في خاتم الحديد]

ورأى على آخر خاتم حديد، فقال: ما لي أرى عليك حلية أهل النار،* ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له: يَشْب؛ لأنه ليس بحجر؛ إذ ليس له ثَقْلُ الحجر، وإطلاق^{أباح} الجواب في الكتاب يدل على تحريمه. والتختم بالذهب على الرجال حرام؛ لما روينا، وعن علي رضي الله عنه: "أن النبي ﷺ نهى عن التختم بالذهب"،** ولأن الأصل فيه التحريم، والإباحة ضرورة الختم أو النموذج، وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة، والحلقة هي المعتبرة؛ لأن قوام الخاتم بها، ولا معتبر بالفَصِّ حتى يجوز أن يكون من حجر، ويجعل الفَصُّ إلى باطن كَفِّه، بخلاف النسوان؛ لأنه تزِينٌ في حقهن، وإنما يتختم القاضي والسلطان؛ لحاجته إلى الختم، فأما غيرهما فالأفضل أن يترك؛ لعدم الحاجة إليه. قال: ولا بأس بمسما^ر الذهب يُجعل في حجر الفَصِّ، أي في ثُقْبِه؛ لأنه تابع كالعلم في الثوب،^{مسما^ر الذهب}

من أطلق: وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، فإنه قال: والأصح: أنه لا بأس به كالعقيق، فإنه ﷺ تختم به، وقال: "تختموا بالعقيق، فإنه مبارك"، ولأنه ليس بحجر؛ إذ ليس له ثقل الحجر، ولنا: أنه يتخذ منه الأصنام فأشبه الصفر، وهو منصوص. [الكفاية ٤٥٨/٨] لما روينا: إشارة إلى قوله: "هذان حرامان"، ومن الناس من جوز التختم بالذهب؛ لما روي عن البراء بن عازب رضي الله عنه أنه لبس خاتم ذهب، وقال: كسانيه رسول الله ﷺ، ولأن النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء، فلما حل التختم بالفضة لقلته، ولكونه نموذجاً، وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر، والجواب أنه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ اتخذ خاتماً من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب، فرماه رسول الله ﷺ، وقال: لا ألبسه أبداً، فرماه الناس. [العناية ٤٥٨/٨] ويجعل الفَصُّ إلخ: لما روى مسلم من حديث الزهري عن أنس قال: "اتخذ النبي ﷺ خاتماً من فضة في يمينه فيه فص حبشي كان يجعل فسه مما يلي كفه". [البناء ١٣٢/١١]

*ورأى على آخر ليس كذلك، بل هو رجل واحد كما هو في الحديث. [نصب الراية ٢٣٤/٤]
**رواه الجماعة إلا البخاري من حديث عبد الله بن حسين. [نصب الراية ٢٣٥/٤] أخرجه مسلم في "صحيحه" عن علي بن أبي طالب قال: نهاني رسول الله ﷺ عن التختم بالذهب، وعن لباس القسِّي، وعن القراءة في الركوع والسجود، وعن لباس المعصفر. [رقم: ٢٠٧٨، باب النهي عن لبس الرجل الثوب المعصفر]

فلا يُعَدُّ لابسًا له. قال: ^{محمد} ولا تُشَدُّ الأسنانُ بالذهب وتشدُّ بالفضة، وهذا عند أبي حنيفة رحمته، وقال محمد رحمته: لا بأس بالذهب أيضاً، وعن أبي يوسف رحمته: مثل قول كل منهما. ^{لهما:} "أن عرفة بن أسعد أصيب أنفه يوم الكلاب، فاتخذ أنفاً من فضة فأنتن، فأمره النبي عليه بأن يتخذ أنفاً من ذهب".* ولأبي حنيفة رحمته: أن الأصل فيه التحريم، والإباحة للضرورة، وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى، فبقي الذهب على التحريم، والضرورة فيما روي لم تندفع في الأنف دونه حيث أنتن. قال: ^{القدوري} ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير؛ لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها. قال: ^{محمد} وتكره الخرقعة التي تُحْمَلُ فيمسح بها العرق؛ لأنه نوع تجبر وتكبر، وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يمتخط بها، وقيل: إذا كان عن حاجة لا يكره، وهو الصحيح.

وعن أبي يوسف: يعني اختلف المشايخ في قول أبي يوسف، فمنهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة رحمته، هكذا ذكره الكرخي، وذكر في "الأمال" مع قول محمد رحمته. [العناية ٤٥٩/٨] يوم الكلاب: بضم الكاف وتخفيف اللام - اسم ماء، وقيل: اسم واد بين الكوفة والبصرة، وكانت فيه واقعة عظيمة للعرب. الأصل فيه التحريم: لعموم قوله عليه: "هذان حرامان على ذكور أمتي". (البنية) في الأنف دونه: أي دون الذهب أي لم تندفع الضرورة في الأنف بدون اتخاذه من الذهب. [الكفاية ٤٥٩/٨] ويكره أن يلبس: وذلك لأن الصبي يجب أن يعود ما يجوز في الشريعة، ودون ما لا يجوز؛ ليألف ذلك. يمسح بها الوضوء: أي وكذا تكره الخرقعة التي يمسح بها الوضوء بفتح الواو، وهو الماء الذي يتوضأ به. [البنية ١٣٩/١١] يمتخط بها: أي يؤخذ بها المخاط وهو ماء الأنف. وهو الصحيح: لأن عامة المسلمين استعملوا هكذا في عامة البلدان؛ = *أخرجه أبوداود في الخاتم، والترمذي في اللباس، والنسائي في الزينة عن أبي الأشهب. [نصب الراية ٢٣٦/٤] أخرجه أبوداود في "سننه" عن عبد الرحمن بن طرفة أن جده عرفة بن أسعد قطع أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفه من ورق فأنتن عليه، فأمره النبي عليه فاتخذ أنفاً من ذهب. [رقم ٤٢٣٢، باب في ربط الأسنان بالذهب]

وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر، وصار كالتربع في الجلوس. ولا بأس بأن يربط الرجل في إصبعه، أو خاتمه الخيط للحاجة، ويسمى ذلك الرّتم والرّتيم، وكان ذلك من عادة العرب، قال قائلهم: شعر: لا يَنْفَعُنكَ الْيَوْمَ إِنْ هَمَّتْ بِهِمْ — كثرة ما تُوصي وتَعْقَد الرّتم، وقد روي أن النبي ﷺ أمر بعض أصحابه بذلك،* ولأنه ليس بعَبَث؛ لما فيه من الغرض الصحيح، وهو التذكر عند النسيان.

فصل في الوطء والنظر والمسّ

قال: ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها وكفّنها؛
القدوري

= لدفع الأذى عن الثياب النفيسة، وما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن، وقد جاء في الحديث أن النبي ﷺ كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الأوقات، فلم يكن بدعة. [العناية ٤٥٩/٨]
وصار كالتربع إلخ: فإن كان يفعله تجبراً وتكبراً فيكره، وإن كان يفعله للضرورة والحاجة: فلا يكره. (البنية)
وتعقاد الرتم: استدل أبو عبيدة بهذا البيت على أن الرتم: هو الخيط الذي يعقد على الإصبع للتذكر إلخ. (البنية)
الغرض الصحيح: والفعل إذا تعلق بغرض صحيح لا يكره ولا يمنع، وقد جرت بذلك عادة الناس من غير تكبر. [البنية ١٤٣/١١] فصل: مسائل النظر أربع: نظر الرجل إلى المرأة، ونظرها إليه، ونظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة، والأول على أربعة أقسام: نظره إلى الأجنبية الحرة، ونظره إلى من يحل له من الزوجة والأمة، ونظره إلى ذوات محارمه، ونظره إلى أمة الغير. [العناية ٤٥٩/٨] في الوطء: الظاهر أن المراد بالوطء ما في مسألة الغزل المذكورة في آخر هذا الفصل، وإلا فليس ذكر الوطء فيه.

وجهها وكفّنها: القياس: أن لا يجوز نظر الرجل إلى الأجنبية من قرنها إلى قدميها إليه أشار قوله ﷺ: "المرأة عورة مستورة"، ثم أبيع النظر إلى بعض المواضع، وهو ما استثناه في الكتاب بقوله: "إلا إلى وجهها وكفّنها" للحاجة والضرورة، وكان ذلك استحساناً؛ لكونه أرفق بالناس. [العناية ٤٥٩/٨]

* غريب، وفيه أحاديث عن النبي ﷺ نفسه أنه كان يربط في إصبعه خيطاً ليذكر به الحاجة، فروى أبو يعلى الموصلي في "مسنده" من حديث سالم بن عبد الأعلى أبي الفيض عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ كان إذا أشفق من الحاجة أن ينساها يربط في إصبعه خيطاً ليذكرها. [نصب الراية ٢٣٨/٤]

لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾، قال علي وابن عباس رضي الله عنهما: ما ظهر منها: الكحل والخاتم* والمراد: موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها، ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة؛ لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذاً وإعطاءً، وغير ذلك، وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها. وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه يسباح؛ لأن فيه بعض الضرورة، وعن أبي يوسف رضي الله عنه: أنه يساح النظر إلى ذراعَيْها أيضاً؛ لأنه قد يبدو منها عادة. قال: القُدوري فإن كان لا يأمن الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا لحاجة؛ الأجنبية

ما ظهر منها: استثنى من قوله: "ولا يبدن" إلا ما ظهر من الزينة، ثم اختلفوا فيها: يعني فيما ظهر ما هو؟ فقال بعضهم: المراد الملاءة والبرقع والخفاف لا يحل النظر للأجانب إلا إلى ملاءتها وبرقعها وخفيها الظاهرة، وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه. [البنية ١٤٤/١١] بعض الضرورة: [لأنها تحتاج إلى إبداء قدمها إذا مشت حافية أو متعلة، وربما لا يجد الخف في كل وقت] هذا رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأن القدم موضع الزينة الظاهرة. (البنية) لأنه قد يبدو إلخ: خصوصاً إذا جرّدت نفسها للخبز والطبخ. [البنية ١٤٦/١١] فإن كان: والحاصل أن الذي ذكره من جواز النظر إلى وجه الأجنبية وكفيها إذا أمن الشهوة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾، وأما إذا لم يأمن الشهوة لم يجز النظر إلى وجهها أيضاً، ولا إلى كفيها. [البنية ١٤٦/١١] إلا لحاجة: كالشهادة وحكم الحاكم والتزويج، فعند هذه الأشياء يباح النظر إلى وجهها، وإن يخاف الشهوة؛ للضرورة. [البنية ١٤٦/١١]

* الرواية عن ابن عباس رواها الطبري في "تفسيره" عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾، قال: هي الكحل والخاتم، وأخرجه البيهقي في "السنن الكبرى". [٢٥١/١٠، رقم: ١٣٧٨٠] به، وأخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن سعيد بن جبيرة: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ الخاتم والخضاب والكحل، [٣٨٤/٣] وأما الرواية عن علي فغريب. [نصب الرواية ٢٣٩/٤]

لقوله عليه السلام: "من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صُبَّ في عينيه الآنكُ يوم القيامة"،* فإن خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة؛ تحرزاً عن المحرم، وقوله: "لا يأمن" يدل على أنه لا يباح إذا شك في الاشتهااء كما إذا علم، أو كان أكبر رأيه ذلك. ولا يحل له أن يمسَّ وجهها ولا كفَّيها، وإن كان يأمن الشهوة؛ لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى، بخلاف النظر؛ لأن فيه بلوى، والمحرم قوله عليه السلام: "من مسَّ كفَّ امرأة ليس منها بسبيل وُضِعَ على كفِّه جمرة يوم القيامة"،** وهذا إذا كانت شابة تشتهي. أما إذا كانت عجوزاً لا تشتهي، فلا بأس بمصافحتها ولمس يدها؛ لانعدام خوف الفتنة، وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعاً فيهم، وكان يصفح العجائز،***

كما إذا علم: أي كما إذا تيقن وجود الشهوة. [البنية ١١/١٤٧] ليس منها بسبيل: أي ليس له فيها شرعاً سبيل بأن لم تكن مملوكة له ولا منكوحته. أما إذا كانت إحد: قال بعض المتأخرين: يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما إذا كانت شابة، أما إذا كانت عجوزاً لا تشتهي، فلا بأس بمسهما، انتهى. أقول: ليس هذا بشرح صحيح؛ إذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية إن كانت عجوزاً، وإنما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها إذا كانت عجوزاً، نعم ظاهر الدليل العقلي، وهو قوله: لانعدام خوف الفتنة لا يأبي عن التعميم، لكن لا مجال لاختراع المسألة بمجرد ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقلاً عن الأئمة والمشايخ. [نتائج الأفكار ٨/٤٦١]

* غريب، والمعروف: من استمع إلى حديث قوم، وهم له كارهون صُبَّ في أذنه الآنك يوم القيامة. [نصب الراية ٤/٢٤٠] أخرج البخاري في "صحيحه" عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ من استمع إلى حديث قوم، وهم له كارهون، أو يفرون منه صُبَّ في أذنه الآنك يوم القيامة. [رقم: ٧٠٤٢، باب من كذب في حلمه] ** غريب جداً. [نصب الراية ٤/٢٤٠]

*** غريب أيضاً. [نصب الراية ٤/٢٤٠] وإنما الذي روي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما كانا يزوران أم ابنيهما بعد رسول الله ﷺ وكانت حاضنة النبي ﷺ رواه "البيهقي" وغيره. [البنية ١١/١٤٩]

وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجزاً لتمرّضه، وكانت تغمر رجله وتغلي رأسه،* وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها؛ لما قلنا، وإن كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها؛ لما فيه من التعريض للفتنة. والصغيرة إذا كانت لا تشتهي بإباح مسّها والنظر إليها؛ لعدم خوف الفتنة. قال: ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها، وللشاهد إذا أراد أداء الشهادة عليها: النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي؛ عند القاضي للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة، ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة، أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة؛ تحرّزاً عما يمكنه التحرّز عنه وهو قصد القبيح، وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهي، قيل: يباح، والأصح: أنه لا يباح؛ لأنه يوجد من لا تشتهي، فلا ضرورة، بخلاف حالة الأداء.

لتمرّضه: من التمريض، يقال: مرضه أي قام عليه في مرضه. (البنية) كان شيخاً: لأن الشيخ الكبير لم يبق له إربة كالصغير. (البنية) لما قلنا: أراد به قوله: لانعدام خوف الفتنة. [البنية ١١/١٥٠] لا يأمن إلخ: قال بعض المتأخرين: تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضاً، فإن جعلنا الضمير في عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى. أقول: الضمير في عليها للمرأة، ووجه تخصيص ذكر عدم الأمن عليها بالذكر ظاهر، وهو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمن عليها عبارة، فإنه إذا لم تحل مصافحتها عند عدم الأمن عليها؛ لما فيه من تعريض الغير للفتنة، فلأن لا تحل مصافحتها عند عدم الأمن على نفسه أولى؛ لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه. [نتائج الأفكار ٤٦٢/٨] يباح مسّها: لأنه ليس لبدنها حكم العورة، ولا في النظر والمس خوف الفتنة. [الكفاية ٤٦٢/٨] للحاجة إلخ: قال بعض المتأخرين: وقد يتور ذلك بإباحة النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا لإقامة الشهادة عليه. [نتائج الأفكار ٤٦٢/٨] عما يمكنه إلخ: لأنه إن لم يمكنه التحرز فعلاً، فقد أمكنه التحرز منه قلباً. (الكفاية) حالة الأداء: فقد التزم هذه الأمانة بالتحمل، وهو متعين لأدائها. [الكفاية ٤٦٢/٨]

* غريب أيضاً. [نصب الراية ٤/٢٤٠]

ومن أراد أن يتزوج امرأة: فلا بأس بأن ينظر إليها، وإن علم أنه يشتهيها؛ لقوله عليه السلام فيه: "أبصرها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"، * ولأن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة، ويجوز للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها؛ للضرورة. وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل، ^{المرأة} فإن لم يقدرُوا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض، ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع؛ لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، وصار كنظر الخافضة والختان. وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل؛

فلا بأس إله: ولا ينبغي أن يمسه شيئاً من ذلك إن كانت ممن تشتهي؛ لأن المس أغلظ من النظر؛ لأن الشهوة فيه أكثر، فمنع منه من غير حاجة كذا في "شرح الأقطع". فإنه أحرى: فإن الإبصار أولى بالإصلاح، وإيقاع الألفة والوفاق بينكما. [الكفاية ٤٦٢/٨] أن يؤدم: أصله بأن يؤدم، فحذفت الباء، وحذفها مع أن كثير. [البنية ١٥٢/١١] ولأن مقصوده إله: فيعتبر المقصود، وهو إقامة النكاح المسنون لا قضاء الشهوة المنهي المحرم. [البنية ١٥٣/١١] ويجوز إله: هذا لفظ القدوري في "مختصره".

للضرورة: لأن للضرورة تأثيراً في إباحة المحرمات بدليل إباحة الميتة والخمر عند الضرورة، وخشية التلف. [البنية ١٥٤/١١] فإن لم يقدرُوا: أي لم يجدوا امرأة تداويها، وخافوا على المرأة أن تهلك، أو يصيبها بلاء، أو دخلها من ذلك وجع غير متحملة، ولم يكن للعلاج بد من الرجل.

كنظر الخافضة إله: [أي نظر الطبيب إلى موضع لا يحل النظر إليه] يعني أنهما ينظران إلى العورة؛ لأجل الضرورة؛ لأن الختان سنة، وهو من جملة الفطرة في حق الرجال لا يمكن تركها، وهو مكرم في حق النساء أيضاً، والخفض للجارية كالختن للغلام، وجارية مخفوضة أي مختونة. [الكفاية ٤٦٢/٨-٤٦٣]

* أخرجه الترمذي والنسائي في النكاح. [نصب الراية ٢٤٠/٤] أخرجه الترمذي في "جامعه" عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة، فقال النبي ﷺ: "انظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما". قال الترمذي: حديث حسن. [رقم: ١٠٨٧، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة]

لأنه مداواة، ويجوز للمرض، وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف رحمته الله؛ لأنه أمانة المرض. القدوري قال: وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه، إلا إلى ما بين سُرَّتِه إلى ركبته؛ لقوله عليه السلام: "عورة الرجل ما بين سُرَّتِه إلى ركبته"،* ويروى: "ما دون سُرَّتِه حتى يجاوز ركبته"، وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة، ما تحت سُرَّتِه خلافاً لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمتهما الله.

لأنه مداواة: أي لأن الاحتقان مداواة يحصل بها إسهال الفضلات، والأخلاق الردية. [البنية ١١/١٥٦] للهزال الفاحش: إذا قيل له: إن الحقنة تزيل ما لك من الهزال، فلا بأس بأن يبدي ذلك الموضع للمحتقن على ما روي عن أبي يوسف رحمته الله، وهذا صحيح؛ فإن الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره الدق والسل. [الكفاية ٨/٤٦٣] ويروى: وهذه الرواية إن صحت تدل على أن كلمة "إلى" في الرواية السابقة بمعنى "مع". [البنية ١١/١٥٧]

لما يقوله أبو عصمة: هو سعد بن معاذ المروزي، فإنه يقول: إن السرة أحد حَدَيَّ العورة، فيكون من العورة كالركبة، وقوله: والشافعي رحمته الله بالعطف على أبي عصمة رحمته الله في إثبات أن السرة عورة عندهما، كأنه وقع سهواً بوجهين: أحدهما ما ذكرنا من تعليل أبي عصمة رحمته الله في إثبات أن السرة عورة بقوله: إنه أحد حَدَيَّ العورة، فيكون عورة كالركبة، وهذا التعليل إنما يستقيم لمن يقول: بأن الركبة عورة، والشافعي رحمته الله لا يقول بكون الركبة من العورة، والثاني: أن الشافعي رحمته الله عدل في إثبات أن الركبة ليست بعورة بقوله: إنما حد للعورة، فلا يكون من العورة كالسرة؛ لأن الحد لا يدخل في الحدود، وهو تنصيص على أن السرة ليست بعورة، وهذان التعليلان في "المبسوط"، ولكن في "الأسرار" نوع إشارة إلى أن الشافعي رحمته الله جعل السرة من العورة ولم يجعل الركبة من العورة. (النهاية)

والشافعي: في السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي رحمته الله: إحداها: أن السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ههنا، وفي كتاب الصلاة أيضاً، والثانية: أنهما ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية، والثالثة: أنهما عورة. [نتائج الأفكار ٨/٤٦٤]

*تقدم في شروط الصلاة.

والركبة عورة، خلافاً لما قاله الشافعي رحمته الله، والفخذ عورة، خلافاً لأصحاب الظواهر، وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافاً لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمته الله معتمداً فيه العادة؛ لأنه لا معتبر بها مع النص بخلافه. وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: "الركبة من العورة"،* وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته، فقبلها أبو هريرة رضي الله عنه،**

لأصحاب الظواهر: فأنهم قالوا: الفخذ ليس بعورة، واستدلوا بقوله سبحانه تعالى: ﴿فَلَمَّا ذَاقَا الشَّجَرَةَ بَدَتْ لَهُمَا سَوْآتُهُمَا﴾، والمراد منها: العورة الغليظة. (البنية) لما يقوله الإمام إ.خ: فإنه يقول: ما دون السرة إلى منبت شعر العانة ليس بعورة. [البنية ١١/١٥٨] الكماري: بضم الكاف وتخفيف الميم بعدها ألف ساكنة وهو اسم قرية ببخارى، نسب إليها الإمام المذكور أبو بكر. [البنية ١١/١٥٩] فيه العادة: لأن الإزار قد ينحط في العمل إلى ذلك الموضع، فكان فيه ضرورة، فأبيح النظر إلى ذلك؛ للتعامل. (البنية) لأنه لا معتبر إ.خ: جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقاً بقوله: وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة. (العناية) وقد روى إ.خ: جواب عن قول الشافعي رحمته الله، ودليل على أن الركبة عورة. [العناية ٨/٤٦٣] وأبدى الحسن إ.خ: هذا جواب عما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمتهما الله. [البنية ١١/١٥٩]

* غريب من حديث أبي هريرة، وتقدم في شروط الصلاة من حديث علي عند الدار قطني، وفيه ضعف. [نصب الراية ٤/٢٤٢] أخرج الدار قطني في "سننه" عن علي رضي الله عنه يقول: قال رسول الله ﷺ: "الركبة من العورة". [١/١٨٢]، باب الأمر بتعليم الصلاة والضرب عليها وحد العورة التي يجب سترها؛ فإنه وإن كان حديثاً ضعيفاً، لكن الضعيف إذا تأيد معناه بحديث صحيح يصلح للاعتضاد، وههنا كذلك؛ لأن رواية المتن تؤيده. [إعلاء السنن ٢/١٣٥]

** رواه أحمد في "مسنده"، وابن حبان في "صحيحه"، والبيهقي في "سننه". [نصب الراية ٤/٢٤٢] أخرجه أحمد في "مسنده" عن عمير بن إسحاق قال: كنت أمشي مع الحسن بن علي في بعض طرق المدينة، فلقينا أبو هريرة، فقال للحسن: اكشف لي عن بطنك - جعلت فداك - حتى أقبل حيث رأيت رسول الله ﷺ يقبله، قال: فكشف عن بطنه، فقبل سرته، ولو كانت من العورة ما كشفها. [٢/٤٢٧]

وقال عليه السلام جرهد: "وَارِ فَحَذَكَ أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ الْفَحْذَ عَوْرَةٌ"، * ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق، فاجتمع المحرم والمباح، وفي مثله يغلب المحرم. وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ، وفي الفخذ أخف منه في السوءة، حتى أن كاشف الركبة يُنكر عليه برفق، وكاشف الفخذ يُعَفُّ عليه، وكاشف السوءة يُؤدَّب إن لجَّ، وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل: يباح المسُّ؛ لأنهما فيما ليس بعورة سواء. قال: ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمنت القدوري الحرة الأجنبية الشهوة؛ لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة كالثياب والدواب، وفي كتاب الخنثى من "الأصل" المبسوط: أن نظر المرأة إلى الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه؛ لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ، فإن كان في قلبها شهوة،

وقال عليه السلام: جواب عن قول أهل الظواهر. (العناية) ولأن الركبة إلخ: دليل معقول على كون الركبة عورة. [العناية ٤٦٤/٨] في السوءة: قال في "ديوان الأدب": السوءة العورة، وأراد بها ههنا العورة الغليظة، وهي الفرجان؛ لأن حرمتها بجمع عليها، وفيما سوى ذلك اختلاف كما ذكرنا. يعنف: أي يغلظ عليه في الإنكار، ولا يضرب إن لجَّ؛ لوجود الاختلاف. (البنية) يباح المس: يعني إذا كان المس بغير شهوة، وبه صرح في "التحفة". [البنية ١٦٣/١١] سواء: كما يجوز النظر إليه يجوز مسه بغير شهوة. ينظر الرجل إليه: يعني يجوز للمرأة الحرة الأجنبية أن تنظر إلى ما ينظر الرجل إليه منه أي من الرجل. [البنية ١٦٣/١١] كالثياب والدواب: أي كنظرها إلى الثياب والدواب، ونحو ما ليس بعورة، فإن الرجل والمرأة في ذلك متساويان. [البنية ١٦٤/١١] بمنزلة نظر إلخ: يعني على تلك الرواية لا ينظر المرأة من الرجل إلى ظهره وبطنه.

* رواه أبوداود في "الحمام" من طريق مالك عن أبي النضر عن زرعة بن عبدالرحمن بن جرهد عن أبيه، قال: كان جرهد من أصحاب الصفة، أنه قال: جلس رسول ﷺ عندنا، وفنحذي منكشفة، فقال: "أما علمت أن الفخذ عورة؟". [رقم: ٤٠١٤، باب النهي عن التعري]

أو أكبر رأيها أنها تشتهي، أو شكَّت في ذلك: يستحب لها أن تغضَّ بصرها، ولو كان الناظر هو الرجل إليها، وهو بهذه الصفة: لم ينظر، وهذا إشارة إلى التحريم. ووجه الفرق: أن الشهوة عليهنَّ غالبية، وهو كالمتحقق اعتباراً، فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودةً في الجانبين، ولا كذلك إذا اشتتهت المرأة؛ لأن الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقةً واعتباراً، فكانت من جانب واحد، والمتحقق من الجانبين في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق في جانب واحد. قال: وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل؛ لوجود المجانسة، وانعدام الشهوة غالباً، كما في نظر الرجل إلى الرجل، وكذا الضرورة قد تحققت إلى الإنكشاف فيما بينهما. وعن أبي حنيفة رحمته الله: أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه،

وهو بهذه الصفة: أي كان في قلبه شهوة، أو كان أكبر رأيه أنه يشتهي، أو شك في الإشتهاء. (البنية) ووجه الفرق: أي بين الرجل والمرأة، حيث كان النظر إلى الرجل حراماً، وغض بصرها مستحباً. [البنية ١١/١٦٥] فإذا اشتهى إحداهما: يعني أنه لو كان الناظر بشهوة هو الرجل؛ فلأن النساء أكثر من الرجال، فكثرة الشهوة من جانبها يثبت اشتهاؤها من حيث الاعتبار، وقد وجد من جانب الرجل حقيقة الإشتهاء، والاشتفاء من الجانبين أكثر إفضاءً في الوقوع إلى الحرام من الإشتهاء من جانب واحد، وأما إذا كان الناظر بشهوة هي المرأة، فالإشتهاء إن تحقق من جانبها من حيث الحقيقة لم يعتبر ثابتاً من جانب الرجل، وبمجرد الشهوة من أحد الجانبين في سببية ما هو حرام دون الشهوة من الجانبين، فلهذا قلنا: بالاستحباب في جانب المرأة، وبالحرمة في جانب الرجل. في الجانبين: في جانبه حقيقة؛ لأنه هو المفروض، وفي جانبها اعتباراً؛ لقيام الغلبة مقام الحقيقة. (العناية) واعتباراً: لعدم غلبة الشهوة فيه. [البنية ١١/١٦٥] قد تحققت إحداهما: لأن العرف الظاهر في جميع البلدان بناء الحمامات للنساء، وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا، وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال؛ لأن المقصود تحصيل الزينة، والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل، ويتمكن الرجل من الاغتسال في الأنهار والحياض، والمرأة لا تتمكن من ذلك، وإلى هذا أشار في "المبسوط". [العناية ٨/٤٦٦] كنظر الرجل إحداهما: فلا يجوز لها أن تنظر من المرأة إلى الظهر والبطن في هذه الرواية.

بمخلاف نظرها إلى الرجل؛ لأن الرجال يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال، والأول أصح. قال: وينظر الرجل من أُمته التي تحلُّ له، وزوجته إلى فرجها، وهذا إطلاق في النظر إلى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة، والأصل فيه قوله عليه السلام: "غَضٌّ بَصْرَكَ إِلَّا عَنْ أُمِّكَ وَامْرَأَتِكَ"، * ولأن ما فوق ذلك من المسِّ والغشيان مباح، فالنظر أولى، إلا أن الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه؛ لقوله عليه السلام: "إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ أَهْلَهُ فَلْيَسْتَسِرْ مَا اسْتَطَاعَ، وَلَا يَتَجَرَّدَانِ تَجَرُّدَ الْغَيْرِ"، **

بمخلاف نظرها إلى إلخ: أي بخلاف نظر المرأة إلى الرجل حيث جاز نظرها إلى ظهر الرجل وبطنه. [البنية ١١/١٦٦] وينظر الرجل إلخ: هذا هو القسم الثاني من أقسام نظر الرجل إلى المرأة، والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر. [العناية ٨/٤٦٦] التي تحل له: قيد بالحل؛ لأن إباحة النظر إلى جميع بدن أُمته مبنية على حل الوطاء، وفيما لا يحل من أُمته كأُمته المحوسية، وأُمته التي هي أخته من الرضاعة كان الحكم في النظر كأمة الغير. (الكفاية) تجرّد الغير: هو الحمار الوحشي، وإنما قيد به؛ لأن في الأهلي نوع ستر من الإقتاب والثفر. [الكفاية ٨/٤٦٦]

* أخرجه أصحاب السنن الأربعة، أبوداود في "الحمام"، والترمذي في "الاستئذان"، والنسائي في "عشرة النساء"، وابن ماجه في "النكاح". [نصب الراية ٤/٢٤٥] أخرجه أبوداود في "سننه" عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده، قال: قلت: يا رسول الله ﷺ عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ قال: "احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك"، قال: قلت: يا رسول الله إذا كان القوم بعضهم في بعض، قال: "إن استطعت أن لا يرينها أحد فلا يرينها"، قال: قلت: يا رسول الله إذا كان أحدنا خالياً، قال: "الله أحق أن يُستحيا منه من الناس". [رقم: ٤٠١٧، باب ما جاء في التعدي]

** روي من حديث عتبة بن عبد السلمي، ومن حديث عبدالله بن سرجس، ومن حديث ابن مسعود، ومن حديث أبي هريرة، ومن حديث أبي أمامة. [نصب الراية ٤/٢٤٦] أخرجه ابن ماجه في "سننه" عن عتبة بن عبد السلمي قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا أتى أحدكم أهله فليستسِر، ولا يتجرّد بتجرّد الغيرين". [رقم: ١٩٢١، باب التستر عند الجماع]

ولأن ذلك يورث النسيان؛ لورود الأثر،* وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: الأولى أن ينظر؛ ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة.** قال: القُدوري وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه، والرأس، والصدر، والساقين، والعُضدين، ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها، والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ الآية، وجنبها والشعر والثدي الدليل والمراد- والله أعلم- مواضع الزينة، وهي ما ذكر في الكتاب،

الأولى إلخ: روي عن أبي يوسف رضي الله عنه في "الأمالى": قال: سألت أبا حنيفة رضي الله عنه عن الرجل يمس فرج امرأته، أو يمس هي فرجه ليتحرك عليها، هل ترى بذلك بأساً، قال: لا، وأرجو أن يعظم الأجر. [العناية ٤٦٦/٨] أن ينظر: [إلى فرج امرأته عند الوقاع] وينظر الرجل إلخ: قال الكرخي في "مختصره": قال محمد بن الحسن: لا بأس بأن ينظر الرجل من أمه وأخته البالغة، ومن كل ذات رحم محرم منه، ومن كل محرم من رضاع أو نكاح أو وطء، وكذلك ما حرم بوطء أبيه، أو ابنه، أو نكاح ابنه، وإن لم يكن بينهما رحم إلى شعرها وإلى صدرها، وإلى ثديها، وعضدها، وساقها وقدمها، ولا ينبغي أن ينظر إلى بطنها، ولا إلى ظهرها، ولا إلى ما بين سرتها حتى يجاوز الركبة، وإن كان ينظر إلى شيء من ذلك بشهوة، فليس له أن ينظر إلى ذلك، وكذلك إن كان أكبر رآه أنه إن نظر اشتبهى، فينبغي له أن يغض بصره، وإن أمن على نفسه فلا بأس. [البنية ١٧١/١١]

إلى ظهرها: وكذا لا يجوز مسها، وقال الشافعي رضي الله عنه في "القديم": يجوز مسها، وبقولنا قال القاضي حسين من أصحابه، حيث قال: ولا يجوز أن يمس ذات الرحم وإن لم يكن عورة في حقه. [البنية ١٧٢/١١] والمراد: ذكر الحال وأراد المحل مبالغة في النهي عن الإبداء؛ لأن إبداء ما كان منفصلاً إذا كان منهياً عنه، فإبداء المتصل أولى. [العناية ٤٦٨/٨]

*غريب، وورد أنه يورث العمي في حديثين ضعيفين: أحدهما: أخرجه ابن عدي في "الكامل"، وابن حبان في "كتاب الضعفاء" عن بقية عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا جامع أحدكم زوجته، فلا ينظر إلى فرجها، فإن ذلك يورث العمي". [نصب الراية ٢٤٨/٤] **غريب جداً. [نصب الراية ٢٤٨/٤]

ويدخل في ذلك السَّاعِدُ والأُذُنُ والعنق والقدم؛ لأن كل ذلك مواضع الزينة،
بخلاف الظهر والبطن والفخذ؛ لأنها ليست من مواضع الزينة، ولأن البعض يدخل
على البعض من غير استئذان واحتشام، والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادةً،
فلو حُرِّمَ النظرُ إلى هذه المواضع أدَّى إلى الحرج، وكذا الرغبة تقلُّ للحرمة المؤبدة،
فقلَّما تَشْتَهِي، بخلاف ما وراءها؛ لأنها لا تنكشف عادة، والمَحْرَمُ: من لا تجوز
المناكحة بينه وبينها على التأييد بنسب كان أو بسبب، كالرضاع والمصاهرة؛
لوجود المعنيين فيه، وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصح؛ لما بينا.
قال: ولا بأس بأن يمسَّ ما جاز أن ينظر إليه منها؛
القُدُورِي ذوات محارمه

في ذلك: أي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة. [العناية ٤٦٨/٨] لأن كل ذلك إلخ: أما الرأس؛
فلأنه موضع التاج، والإكليل، والشعر موضع العقاص، والعنق موضع القلادة، والصدر كذلك، والأذن
موضع القرط، والعضد موضع الدمليج، والساعد موضع السوار، والكف موضع الخاتم والخضاب، والساق
موضع الخلخال، والقدم موضع الخضاب. [البنية ١٧٢/١١] من غير استئذان إلخ: أن الدخول في بيت
الأجنبي من غير استئذان حرام، والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه، ويكفي في التأدي إلى
الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان، وإن كان ذلك مما لا يمدح
في حكم الشرع، والحرج مدفوع شرعاً فلا إشكال. [نتائج الأفكار ٤٦٨/٨-٤٦٩]
في ثياب مهنتها: أي في ثياب خدمتها وخلقاتها، والمهنة بكسر الميم وفتحها. (البنية) والمصاهرة: كزوجة الأب
والجد وإن علا، وزوجة الابن وإن سفل. (قاضي خان) لوجود المعنيين: وهما الضرورة وقلة الرغبة. (الكفاية)
في الأصح: احتراز به عن قول بعض المشايخ، فإنهم قالوا: إذا كانت حرمة المصاهرة بالزنا: لا يحل النظر
والمس؛ لأن ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة، والأصح: أنه لا بأس بذلك؛ لأنه
حرمة على التأييد. [البنية ١٧٤/١١] لما بينا: إشارة إلى ما ذكره بقوله: فلو حرم النظر إلى هذه
المواضع أدى إلى الحرج، وكذا الرغبة تقلُّ للحرمة المؤبدة. [الكفاية ٤٦٩/٨]

لتحقق الحاجة إلى ذلك في ^{المس}المسافرة، وقلة الشهوة للمحرمية، بخلاف وجه الأجنبية وكفيها، حيث لا يسباح ^{إلى وجهها وكفها}المس، وإن أبيض النظر؛ لأن الشهوة متكاملة، إلا إذا كان يخاف عليها، أو على نفسه الشهوة، فحينئذ لا ينظر ولا يمس؛ لقوله عليه السلام: "العينان بالقطع أو الظن ذوات محارمه تزنيان: وزناهما النظر، واليدان تزنيان، وزناهما البطش"،* وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب. ولا بأس بالخلوة والمسافرة ^{ذوات المحارم}بهن؛ لقوله عليه السلام: "لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعهما زوجها أو ذو رحم محرم منها"،** وقوله عليه السلام: "ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل،

في المسافرة: أي المس في المسافرة؛ لأنه يحتاج إلى إركابها وإنزالها وخدمتها. [البنية ١١/١٧٤] لأن الشهوة متكاملة: فإن الشهوة بين الأجانب، والأجنبيات متكاملة، فلو جوزنا المس لأدى إلى الفساد غالباً. إلا إذا كان إباح: هذا استثناء من قوله: وينظر الرجل من ذوات محارمه إباح، وقال صاحب "العناية": هذا استثناء من قوله: ولا بأس، وفيه نظر. [البنية ١١/١٧٥] ولا بأس إباح: ولو كان أكبر رأيه أنه لو خلاها، أو سافر بها أن يشتهيها لم يحل له ذلك؛ لأن الغالب ملحق بالقطعي احتياطاً. فوق ثلاثة أيام: كلمة "فوق" ههنا صلة، فإن حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيام أيضاً، وكان نظير قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾. [الكفاية ٨/٤٦٩]

* أخرجه مسلم في "كتاب القدر" عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: "كُتِبَ عَلَى ابْنِ آدَمَ نَصِيْبُهُ مِنَ الزَّانَا مَدْرَكَ ذَلِكَ لَا مَحَالَةَ، فَالْعَيْنَانِ زَنَاهُمَا النَّظَرُ، وَالْأُذُنَانِ زَنَاهُمَا السَّمْعُ، وَاللِّسَانُ زَنَاهُمَا الْكَلَامُ، وَالْيَدَانِ زَنَاهُمَا الْبَطْشُ، وَالرِّجْلَانِ زَنَاهُمَا الْمَشْيُ، وَالْقَلْبُ يَهْوِي وَيَتَمَنَّى، وَيَصْدُقُ ذَلِكَ الْفَرْجُ أَوْ يَكْذِبُهُ". [رقم: ٢٦٥٧، باب قدر على ابن آدم حظه من الزنا]

** أخرجه مسلم عن قزعة عن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله ﷺ: "لا تسافر المرأة فوق ثلاث إلا ومعهما زوجها، أو ذو رحم محرم منها". [رقم: ٨٢٧، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره]

فإن ثالثهما الشيطان"،* والمراد إذا لم يكن محرماً، فإن احتاجت إلى الإركاب وذوات المحارم والإنزال، فلا بأس بأن يمسه من وراء ثيابها، ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها إذا أمنا الشهوة. فإن خافها على نفسه، أو عليها تيقناً، أو ظناً، أو شكاً: فليجتنب ذلك بجهده، ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلاً، وإن لم يمكنها: المس ذوات المحارم يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها، وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه الرجل بقدر الإمكان. قال: وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه؛ لأنها تخرج لحوائج مولاها، وتخدم أضيافه، وهي في ثياب مهنتها، خدمتها فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الأقارب، الأمة وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرّة،

والمراد إذا إلخ: أي المراد من قوله: ليس منها بسبيل. [الكفاية ٤٧٠/٨] ويأخذ ظهرها إلخ: ولا يجوز النظر إلى الظهر والبطن، وما تحت السرة من ذوات المحارم؛ لأنه لا ضرورة إلى ذلك، فإن كان عليه ثياب إن كانت رقيقة يحكي ما تحتها لم يجز النظر إليها؛ لأنها عورة، والنظر إلى العورة حرام، وإن كانت ثخينة جاز ذلك؛ لأنه يقع النظر على الثياب دون العورة، ويجوز المس من وراء الثياب؛ لما بينا أنه يحتاج إلى ذلك. إلى ما يجوز إلخ: وهو الوجه والرأس والصدر والساقان والعضدان كما مر. [البناءة ١٧٩/١١] محارم الأقارب: حيث يجوز لمحارم الأقارب أن ينظروا إلى المواضع المذكورة من المرأة. [البناءة ١٨٠/١١]

* غريب بهذا اللفظ، وقد روي من حديث عمر، وابن عمر، وجابر بن سمرة، وعامر بن ربيعة، وليس فيه قوله: ليس منها بسبيل، وهو محل الاستدلال. [نصب الراية ٢٤٩/٤] وأخرج الترمذي في "جامعه" عن ابن عمر قال: خطبنا عمر بالجاية فقال: يا أيها الناس إني قمت فيكم كمقام رسول الله ﷺ فينا، فقال: أوصيكم بأصحابي ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفتشوا الكذب حتى يحلف الرجل ولا يستحلف، وشهد الشاهدان ولا يستشهدا، ألا لا يخلون رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان. الحديث. [رقم ٢١٦٥، باب ما جاء في لزوم الجماعة]

وقال: "ألقي عنك الخمار يا دقار، أتشبهين بالحرائر؟" * ولا يحل النظر إلى بطنها ^{الأمة الأجنبية} وظهرها، خلافاً لما يقوله محمد بن مقاتل ^{رحمته الله}: إنه يباح ^{النظر} إلا إلى ما دون السرّة إلى الركبة؛ لأنه لا ضرورة كما في المحارم، بل أولى؛ لقلة الشهوة فيهن، وكذلك في الإماماء، ولفظة المملوكة تنظم المدبرة والمكاتب وأمم الولد؛ لتحقيق الحاجة، والمستسعاة كالمكاتب عند أبي حنيفة ^{رحمته الله} على ما عرف. وأما الخلوة بها والمسافرة معها، فقد قيل: يباح كما في المحارم، وقد قيل: لا يباح؛ لعدم الضرورة فيهن، وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد ^{رحمته الله} في: "الأصل" ^{المبسوط}: الضرورة فيهن، وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة. ^{الأمة الأجنبية}

لما يقوله محمد إich: مستدلاً بقول ابن عباس ^{رضي الله عنهما}: من أراد أن يشتري جارية فلي نظر إليها إلا موضع المئزر. [البنية ١١/١٨١] والمستسعاة: إذا أعتق المولى بعض مملوكه عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه، والمستسعي كالمكاتب؛ إذ هو مالك يداً لا رقة، وهذا كله عند أبي حنيفة ^{رحمته الله}. يباح إich: أي كما يباح في المحارم، ولكن إذا أمن عليه وعليها. [البنية ١١/١٨٢] لعدم الضرورة: يعني أن الإباحة في الأمة باعتبار الضرورة، ولا ضرورة للأجنبي في حق الخلوة والسفر بها.

وفي الإركاب إich: يعني إذا لم تقدر الأمة الأجنبية على الركوب إلا بمشقة وضرر يلحقها، فحينئذ يركبها الأجنبي وينزلها. (البنية) الضرورة إich: أي الضرورة التي لا مدفع لها، يعني إذا خاف الهلاك على الأمة، بأن كانت في الضيافي، فلو لم يكن يركبها ينقطع عن القافلة ويهلك، وأما الحاجة أن تكون المرأة في البلد أو القرية، ولها حاجة أن تمشي إلى المزرعة. [الكفاية ٨/٤٧٠] مجرد الحاجة: يعني بمجرد حاجتها إلى الركوب والنزول، سواء كان في ركوب نفسها ونزولها ضرورة أو لا. [البنية ١١/١٨٢]

* غريب، وأخرج البيهقي عن نافع أن صفية بنت أبي عبيد حدثته، قال: خرجت امرأة محتمة متجلية، فقال عمر: من هذه المرأة، فقيل له: جارية لفلان - رجل من بني - فأرسل إلى حفصة، فقال: ما حملك على أن تخمري هذه الأمة، وتجلبيها حتى همت أن أقع بها لا أحسبها إلا من المحصنات، لا تشبهوا الإماماء بالمحصنات، قال البيهقي: والآثار بذلك عن عمر صحيحة. [نصب الراية ٤/٢٥٠]

قال: ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء، وإن خاف أن يشتبه كذا ذكره في القُدوري
 "المختصر"، وأطلق أيضًا في "الجامع الصغير" ولم يفصل، قال مشايخنا رحمهم الله: يباح
 النظر في هذه الحالة، وإن انتهى؛ للضرورة، ولا يباح المس إذا انتهى، أو كان
 أكبر رأيه ذلك؛ لأنه نوع استمتاع، وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط
 عدم الشهوة. قال: وإذا حاضت الأمة: لم تُعرض في إزار واحد، ومعناه: بلغت،
 وهذا موافق؛ لما بينا أن الظهر والبطن منها عورة. وعن محمد رحمهم الله: أنها إذا كانت
 تُشتهي، ويُجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد؛ لوجود الاشتهااء.
 قال: والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفحل؛

بأن يمس ذلك: أي يمس المواضع التي يجوز النظر إليها. [البنية ١٨٢/١١] ولم يفصل إلخ: أي لم يفصل في
 جواز المس من الأمة الأجنبية ما يجوز النظر إليه بين الاشتهااء وعدمه؛ لأنه قال في أصل "الجامع الصغير":
 محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يريد شراء جارية، فلا بأس بأن يمس ساقها وصدرها وذراعها،
 وينظر إلى ذلك كله مكشوفًا إلى هنا لفظ محمد فيه، فدل على جواز مس من يريد الشراء بالاشتهااء؛ لأن
 إطلاق اللفظ يشمل ذلك. وإنما جاز مس هذه المواضع التي يحل النظر إليها؛ لأن النظر إنما جاز إليها لمساس
 الحاجة؛ لأن الأمة تحتاج إلى الخروج في الحوائج والأخذ والإعطاء، وتكليف التيسر يؤدي إلى الحرج،
 فمست الجارية إلى إباحة النظر، وكذلك يقع الحاجة إلى المس، وذلك غرض صحيح، فحل المس.
 نوع استمتاع: أي لأن المس بشهوة جماع معني، والجماع حقيقة حرام، وإن أراد الشراء، فكذلك الجماع
 معني. (البنية) عدم الشهوة: فإذا كانت بشهوة لا يباح شيء من ذلك. (البنية) في إزار إلخ: يعني تومر
 بلبس القميص؛ لأن ظهرها وبطنها عورة، والمراد بالإزار: ما يستر به من السرة إلى الركبة. (البنية)
 ومعناه بلغت: لأن الحيض رديف البلوغ، فأراد به المردوف كناية. [البنية ١٨٣/١١] والخصي إلخ: خصاه نزع
 خصيته يخصيه خصاء على فعال، والإخصاء في معناه خطأ، وأما الخصي كما في حديث الشعبي على فعل،
 فقياس، وإن لم نسمعه، والمفعول خصي على فعيل، والجمع خصيان. [الكفاية ٤٧٠/٨ - ٤٧١]

لقول عائشة رضي الله عنها: الخِصَاءُ مُثَلَّةٌ* فلا يبيح ما كان حراماً قبله، ولأنه فحل يجامع، وكذا المحبوب؛ لأنه يسحق ويُنزَل، وكذا المخنث في الرديء من الأفعال؛ لأنه فحل فاسق، والحاصل: أنه يُوخَذُ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه، والطفل الصغير مستثنى بالنص.

قال: ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيده إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها،
القُدوري

ولأنه فحل إِمَح: أي ولأن الخصي فحل يجامع، حتى قيل: أشد الجماع جماع الخصي؛ لأن الله لا تفر. (البنية) وكذا المحبوب: وهو مقطوع الذكر والخصيتين. (البنية) وينزل: ولهذا لو جاءت امرأته بولد يثبت نسبه، فصار هو الفحل بمنزلة واحدة، وإن كان محبوباً قد جف ماؤه، فقد رخص بعض مشايخنا الاختلاط بالنساء؛ لوقوع الأمن من الفتنة. [البنية ١٨٥/١١]

في الرديء: قيد بالرديء من الأفعال، وهو أن يمكن غيره من نفسه؛ احترازاً عن المخنث الذي في أعضائه لين، وفي لسانه تكسر بأصل الخلقة، ولا يشتهي النساء؛ ولا يكون محبباً في الرديء من الأفعال، فإنه قد رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْأَرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾، قيل: هو المخنث الذي لا يشتهي النساء، وقيل: هو المحبوب جف ماؤه، وقيل: المراد منه الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء، إنما همته بطنه، وفي هذا كلام أيضاً؛ فإنه إذا كان شاباً يتنحى عن النساء، وإنما ذلك إذا كان شيخاً كبيراً قد ماتت شهوته، فحينئذ يرخص في ذلك. [الكفاية ٤٧١/٨] أنه يُوخَذُ: أي في كل واحد من الأصناف الثلاثة المارة، أعني الخصي والمحبوب والمخنث.

بمحكم كتاب الله إِمَح: وهو قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾، قال شمس الأئمة رحمهم الله: إن قوله: ﴿أَوِ التَّابِعِينَ﴾ إِمَح من المتشابه، وقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ محكم، فنأخذ بالمحكم، ونقول: كل من كان من الرجال، فلا يحل لها أن تبدي موضع الزينة الباطنة بين يديه، ولا يحل له أن ينظر إليها، إلا أن يكون صغيراً، فحينئذ لا بأس بذلك. [الكفاية ٤٧١/٨] مستثنى بالنص: وهو قوله تعالى: ﴿أَوِ الطِّفْلُ الَّذِينَ لَمْ يُظْهِرُوا عَلَىٰ غُورَاتِ النِّسَاءِ﴾ أي: لم يطلعوا أي لا يعرفون العورة، ولا يميزون بينها وبين غيرها. [العناية ٤٧٢/٨]

* غريب. [نصب الراية ٢٥٠/٤] وأخرج ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن مطرف عن رجل عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: خصاء البهائم مثله، ثم تلا: ﴿وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَغْيِرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾. [٢٧٧/١٢، كتاب الجهاد]

وقال مالك رحمته الله: هو كالمحرّم، وهو أحد قولي الشافعي رحمته الله؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾، ولأن الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان. ولنا: أنه ^{الملوك} فحل غير محرم ولا زوج، والشهوة متحققة؛ لجواز النكاح في الجملة، والحاجة ^{إذا عتق الملوك} قاصرة؛ لأنه يعمل خارج البيت، والمراد بالنص الإمام، قال سعيد والحسن وغيرهما: ^{البصري سمرة بن جندب} لا تَغُرَّتْكُمْ سورة النور، فإنها في الإناث دون الذكور. قال: ^{القدوري} وَيَعْزَلُ عَنْ أُمْتِهِ بغير إذنها، ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها؛ لأنه عليه السلام نهي عن العزل عن الحرّة إلا بإذنها، وقال لمولى أمة: "اعزّل عنها إن شئت"، * ولأن الوطاء حق الحرية قضاءً للشهوة،

هو كالمحرّم: أي العبد كالمحرّم من سيده، وفي بعض النسخ: كالمحرّم. (البنية) أو ما ملكت إلخ: لأن كلمة ما عامة تتناول الذكور والإناث، فيحل لمن إبداء مواضع زينتهن إلى ممالكهن. [البنية ١٨٦/١١] ولأن الحاجة إلخ: أي مولاة قد تحتاج إلى خدمة العبد، وهو يدخل عليها بلا استئذان، وهي كاشفة شعرها وقدمها، فلو لم يجز النظر لأدى إلى الحرج. والمراد بالنص: [يريد بالنص قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾، وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رحمتهما الله. (العناية)] والمراد من قوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ الخرائر المسلمات؛ لأنه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يدي مشركة أو كاتبة، كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما، والظاهر أنه عني بنسائهن من في صحبتهن من الخرائر ونساء كلهن سواء في حل بعضهن إلى بعض. [الكفاية ٤٧٢/٨] قال سعيد: أي سعيد بن المسيب، وهكذا في "الكشاف"، وفي "النهاية": أطلق اسم سعيد ولم يقيد به بالنسبة إلى أبيه؛ ليصح تناوله للسعيدين، أي: سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، وتبعه صاحب "العناية" و"الكفاية"، وتعقبه صاحب "غاية البيان" بأنه يلزم حينئذ أن يكون للمشارك عموم في موضع الإثبات، وهو فاسد. أقول: إن المراد بالتناول في قولهم: التناول على سبيل البدل، وهو جائز في المشترك، إنما الممنوع فيه عندنا التناول على سبيل الشمول والعموم كما هو مصرح في الأصول.

*هما حديثان. [نصب الراية ٢٥١/٤] فالأول: أخرجه ابن ماجه في "سننه" عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: "نهي رسول الله صلّى الله عليه وآله أن يعزل عن الحرّة إلا بإذنها". [رقم: ١٩٢٨، باب العزل] والثاني: أخرجه مسلم في =

وتحصيلًا للولد، ولهذا تُخَيَّرُ في الجَبِّ والعُنَّة، ولا حقٌّ للأمة في الوطء، فلهذا لا يُنْقَصُ حقُّ الحرّة بغير إذنها، ويستبدُّ به المولى، ولو كانت تحتة أمة غيره، فقد ^{بأن يعزل عنها} ^{يتفرد} ^{العزل} ذكرناها في النكاح.

فصل في الاستبراء وغيره

قال: ^{محمد} ومن اشترى جارية، فإنه لا يَقْرُبُها، ولا يلمسها ولا يُقَبِّلُها، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يَسْتَبْرَأَها، والأصل فيه قوله ^{الدليل} ^{عليه} في سبأيا أوطاس: "ألا لا تُوطأ الحبالى حتى يضعن حملهنّ،

في الجب والعنة: المحبوب هو الذي استوصل ذكره وخصيته من الجب وهو القطع، والعين هو الذي لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة، وإن كان يصل إلى الثيب دون الأُبكار، أو إلى بعض النساء دون بعض. فلهذا: أي فلاجل أن الوطء حق الحرّة، ولا حق للأمة. (البنية) فقد ذكرناها إلخ: وهو قوله: إذا تزوج أمة، فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة، وعن أبي يوسف ومحمد ^{عليه} أن الإذن إليها إلخ. [الكفاية ٤٧٤/٨] في الاستبراء إلخ: قال الشراح: أخر الاستبراء؛ لأنه احتراز عن وطء مقيد، والمقيد بعد المطلق. [فتح القدير ٤٧٤/٨] هو طلب براءة الرحم عن الحمل، وأراد بغيره مسألة المعانقة والمصافحة والقبلة. [البنية ١٩١/١١] ومن اشترى إلخ: أقول: في إطلاق هذه المسألة نظر، فإن من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره، ولكن طلقها زوجها بعد أن اشتراها وقبضها، أو كانت معتدة الغير، فانقضت عدتها بعد أن اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور كما صرحوا به. [فتح القدير ٤٧٥/٨] في سبأيا: السبأيا جمع سبية: وهي الجارية التي تسيي أوطاس: اسم موضع على ثلاث مراحل من مكة، ولرسول الله ^ﷺ غزوة مشهورة، وهي غزوة حنين. [البنية ١٩٢/١١]

= "صحيحه" عن جابر أن رجلاً أتى رسول الله ^ﷺ فقال: إن لي جارية هي خادمتنا وسانيتنا، وأنا أطوف عليها، وأنا أكره أن تحمل، فقال: "اعزل عنها أن شئت، فإنه سيأتيها ما قدر لها"، فلبث الرجل ثم أتاه فقال: إن الجارية قد حبلت، فقال: "قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لها". [رقم: ١٤٣٩، باب حكم العزل]

ولا الحَيَالَى حتى يستبرئن بِحَيْضَةٍ* أَفَادَ ^{هذا الحديث} وجوب الاستبراء على المولى، ودلّ على السَّبب في المسببية، وهو استحداثُ الملك واليد؛ لأنه هو الموجود في مورد النص؛ وهذا لأن الحكمة فيه التعرُّفُ عن براءة الرحم؛ صيانةً للمياه المحترمة عن الاختلاط، ^{وجوب الاستبراء الفائدة} والأنساب عن الاشتباه، وذلك عند حقيقة الشَّغْل أو توهُّم الشَّغْل بماء محترم، وهو أن يكون الولدُ ثابتَ النسب، ^{الصيانة} ويجب على المشتري لا على البائع؛ لأن العلة الحقيقية ^{كما في الحبالى} إرادة الوطء، والمشتري هو الذي يريده دون البائع، فيجب عليه، غير أن الإرادة أمر مبطن، ^{لأنه معرض} فيدار الحكمُ على دليلها، وهو التمكن من الوطء، ^{مخفي}

ولا الحَيَالَى إِنْ: الحَيَالَى جمع حائل، وهي التي لا حمل بها جاء-على خلاف القياس- للأزواج الحبالى، وهي جمع حبلَى، ويستبرئن- بالهمزة لا غير- من استبراء الجارية، وهو طلب براءة رحمها من الحمل بحیضة أو ما قام مقامها. أَفَادَ وجوب إِنْ: لأن النهي عن الوطء مع الملك، وهو المطلق الحاضر يدل على وجوب الاستبراء؛ لأنه لو لم يجب لما منع المالك عن استيفاء حقه، والنفي أبلغ عن النهي. [الكفاية ٤٧٥/٨] هو الموجود إِنْ: يعني أن الموجود في مورد النص، وهو قوله: ألا لا توطأ الحبالى ليس إلا استحداث الملك واليد، فيكون هو السبب، ولما منع الشرع عن الوطء مع الملك لا يخلو عن حكمة، وهي صيانة الماء عن الخلط بماء غيره، ولا يجوز أن تكون الحكمة موجبة؛ لأن الحكمة معقبة، والعلة سابقة. [الكفاية ٤٧٥/٨] بماء محترم: وإنما قيد بذلك وإن كان الحكم في غير المحترم كذلك، فإن الجارية الحامل من الزنا لايجل ووطؤها حملاً للحال على الصلاح. [العناية ٤٧٦/٨] ثابت النسب: احتراز به عن الزنا. (البنایة) إرادة الوطء: لأن الشارع نهي عن الوطء، والنهي إنما يستقيم عند تمكن الوطء، وتمكن للمشتري؛ لأنه هو الممتلك لا البائع. [البنایة ١٩٤/١١]

* أخرجه أبوداود في "النكاح" عن شريك عن قيس بن وهب عن أبي الوداك عن الخدري ورفع أنه قال في سبايا أوطاس: "لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حیضة". [رقم: ٢١٥٧، باب في وطاء السبايا] [نصب الراية ٢٥٢/٤]

والتمكّن إنما يثبت بالملك واليد، فانتصب سبباً، وأدير الحكم عليه تيسيراً، فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد، وتعدّي الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك. وكذا يجب على المشتري من مال الصبي، ومن المرأة، ومن المملوك، ومَن لا يحلّ له وطؤها، وكذا إذا كانت المشتراة بكرّاً لم توطأ؛ لتحقيق السبب، وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لبطونها، فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل. وكذا لا يُجتزأ بالحیضة التي اشتراها في أثنائها،

فانتصب سبباً إلخ: أي انتصب التمكن سبباً في الوطء؛ لوجوب الاستبراء. [البنایة ١٩٥/١١] فكان السبب إلخ: أي إذا كان ذلك سبب وجوب الاستبراء استحدث سبب ملك يمين الرقبة الذي تأكده باليد. (البنایة) والخلع والكتابة: بأن خالع امرأة على أمة فقبضها، والكتابة بأن كاتب عبده على جارية فإنه لا يحل للزوج والمولى وطء الجارية قبل الاستبراء. [البنایة ١٩٦/١١] وغير ذلك: كما إذا تصدق على الفقير بجارية يجب الاستبراء على الفقير، وكذا إذا أجر داره على جارية إلى سنة، لا يحل وطء المؤجر قبل الاستبراء. من مال الصبي: يعني إذا باع أب الصبي أو وصيه جارية الصبي، يجب على المشتري الاستبراء، وكذا إذا اشترى جارية من مولاها يجب الاستبراء، ولا يحل الوطء قبله. ومن المملوك: بأن يشتري من عبده المأذون، وعليه دين مستغرق. [البنایة ١٩٦/١١] لا يحل له: بأن كانت الجارية أخت البائع من الرضاع، أو كان البائع وطني أمها، أو وطئها أبوه أو ابنه. [الكفاية ٤٧٨/٨] لتحقيق السبب: هو استحداث الملك. (البنایة) دون الحكم: جمع حكمة: الحكمة تعرف ببراءة الرحم. [البنایة ١٩٧/١١]

عند توهم الشغل: فإن قلت: كيف يتصور توهم الشغل في المشتراة من مال الصبي ومن المرأة، وفي المشتراة البكر، قلت: يحتمل أن يكون جارية الصبي والمرأة موطوءة بشبهة، فيثبت النسب من الواطئ، فيثبت توهم الشغل، وأما البكر؛ فلأن الرجل قد يجامعها، فيسبق الماء فتحبل مع بقاء البكارة، فيثبت توهم الشغل أيضاً بهذا الطريق. وكذا لا يُجتزأ: أي وكذا لا يكفي بالحیضة التي كانت في حالة البيع، يعني اشتراها وهي حائض، فظهرت من تلك الحيض فلا تجزئها. [البنایة ١٩٨/١١]

ولا بالحیضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض،
ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض، ^{كإهبة والصدقة} خلافاً لأبي يوسف رحمته الله؛ لأن السبب
استحداث الملك واليد، والحكم لا يسبق السبب، وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الإجارة
في بيع الفضولي، وإن كانت في يد المشتري، ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء
الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحاً؛ لما قلنا. ويجب في جارية للمشتري فيها شقص،
فاشتري الباقي؛ لأن السبب قد تم الآن، والحكم يضاف إلى تمام العلة، ويجتزأ بالحیضة
التي حاضتها بعد القبض وهي محوسية أو مكاتبة، بأن كاتبها بعد الشراء، ثم أسلمت
المحوسية أو عجزت المكاتبة؛ لوجودها بعد السبب - وهو استحداث الملك واليد؛ إذ
هو مقتضى للحل والحرمة ^{الوطء} لمانع كما في حالة الحيض.

خلافاً لأبي يوسف: فإن عنده يجتزأ بتلك الحيضة، للتيقن بفراغ الرحم كما لو طلقها قبل الدخول لا تجب
العدة لذلك. [الكفاية ٤٧٨/٨] لأن السبب إلخ: وقد وجد، هذا جواب لوجوب الاستبراء، وفي المسائل
الثلاث أي: لأن سبب وجود الاستبراء استحداث الملك واليد وقد وجد. (البنية) ولا بالحاصل: لعدم وجود
العلة، وحكم الشيء لا يسبق عليه، فكان الاستبراء الحاصل قبل السبب كأن لم يكن. (البنية) لما قلنا: أشار به
إلى قوله: لأن السبب استحداث الملك واليد، والحكم لا يسبق السبب. [البنية ١٩٩/١١]
لأن السبب: أي لأن السبب لحل الوطء وهو ملك الرقبة قد تم الآن أي بعد ما ملك جميع رقبتها، وملك
بعض الرقبة بمنزلة بعض العلة، وثبوت الحكم عند كمال العلة. ويجتزأ إلخ: قال الكرخي في "مختصره":
وإذا اشترى الرجل أمة محوسية، أو كانت مسلمة، فكاتبها قبل أن يستبرئها، ثم حاضت المكاتبة في حال
كاتبها، أو أسلمت المحوسية، أجزأت تلك الحيضة من الاستبراء إلى ههنا لفظ الكرخي؛ وذلك لأن
الحيضة وجدت بعد سبب الاستبراء، وحرمة الوطء لا يمنع من الاعتداد بالحيضة عن الاستبراء كمن
اشترى جارية محرمة، فحاضت في حال إحرامها. لمانع: أي الحرمة كانت لمانع وهو التمتع أو الكتابة،
وذا يمنع الاعتداد بالاستبراء كما لو اشترى أمة مُحَرَّمَةً فحاضت من حال إحرامها. [البنية ٢٠٠/١١]

ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة، أو رُدَّت المغصوبة، أو المؤاجرة، أو فُكَّت ^{إلى المالك} المرهونة؛ لانعدام السبب، وهو استحداث الملك واليد، وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجوداً وعدمًا، ولها ^{هذه المسألة} نظائر كثيرة كتبناها في "كفاية المنتهي". وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء ^{الوطء} حُرِّم الدواعي؛ لإفضائها إليه أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع، بخلاف الحائض، حيث لا تُحَرِّم الدواعي فيها؛ لأنه لا يُحْتَمَل الوقوع في غير الملك، ولأنه زمان نفرة، فالإطلاق في ^{حالة الحيض} الدواعي لا يفضي إلى الوطء، والرغبة في ^{الحائضة} المشتراة قبل الدخول أَصْدَقُ الرغبات فتفضي إليه، ولم يذكر الدواعي في المسببية، ^{الوطء}

رجعت الآبقة: يعني التي أبقت في دار الإسلام، ثم رجعت إلى مولاها، فإن أبقت إلى دار الحرب، ثم عادت إليه بوجه من الوجوه، فكذلك عند أبي حنيفة رحمته الله؛ لأنهم لا يملكوها فلم يحدث الملك، وعندهما يجب عليه الاستبراء؛ لأنهم ملكوها. [العناية ٤٧٨/٨-٤٧٩] نظائر كثيرة: منها إذا كاتب أمة، ثم عجزت وردت في الرق لا يلزمه الاستبراء، وكذلك إذا باعها على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وسلم إلى المشتري، ثم أبطل البيع في مدة الخيار، ومنها: لا يلزمه الاستبراء إذا أودعها، ثم استردها، وكذا إذا أعارها ثم استردها. [الكفاية ٤٧٩/٨] حرم الدواعي إلخ: القبلة واللمس والنظر بشهوة، وبه قال الشافعي رحمته الله. [البنية ٢٠٢/١١] ودعوة البائع: بأن تكون قد حبلت من البائع، فتصير أم ولده بدعواه والبيع باطل، فتصير الدواعي في غير ملكه. (البنية) أَصْدَقُ الرغبات: وأقواها؛ لأنها جديدة كما ملكها، وفي قلبها منه حركات، فلو أبيع له الدواعي ربما يوقعه في الجماع. [البنية ٢٠٣/١١] ولم يذكر إلخ: واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الأصل، وهو المسببية إلى الفرع، وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسببية دونها، ويمكن أن يجاب عنه: بأن التعدية هنا بطريق الدلالة، ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه، والدليل ههنا: أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه، لم يقل بها الشافعي رحمته الله وأكثر الفقهاء، فلما كان علتها في المسببية أمراً واحداً، وهو الإفضاء لم تعتبر، ولما كان في غيرها أمران: الإفضاء والوقوع في غير الملك تعاضداً، فاعتبرت.

وعن محمد ﷺ أنها لا تحرم؛ لأنها لا يحتمل وقوعها في غير الملك؛ لأنه لو ظهر بها حمل ^{في المسببة} لا تصح دعوة الحربي، بخلاف المشتراة على ما بينا. والاستبراء في الحامل بوضع الحمل؛ لما روينا، وفي ذوات الأشهر بالشهر؛ لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة. ^{كالأنثى والصغيرة} وإذا حاضت في أثناءه: بطل الاستبراء بالأيام؛ للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة، فإن ارتفع حيضها: تركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها، وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية، وقيل: يتبين بشهرين أو ثلاثة، وعن محمد ﷺ: ^{جامعها} أربعة أشهر وعشر، وعنه: شهران وخمسة أيام؛ اعتباراً بعدة الحرّة، والأمة في الوفاة،

على ما بينا: إشارة إلى قوله: والرعبة في المشتراة أصدق الرغبات. (العناية) لما روينا: إشارة إلى قوله عليه السلام: "ولا الحبالى حتى يضعن حملهن". [العناية ٤٨٠/٨] في المعتدة: أي كما أن الشهر يقوم مقام الحيض في حق المعتدة إذا كانت من ذوات الأشهر. (البنية) كما في المعتدة: أي كما في المرأة إذا كانت عدتها بالأشهر، فرأت الدم في خلالها يجب الاعتداد بالحيض. [البنية ٢٠٤/١١] ارتفع حيضها: أي امتد طهرها في أوان الحيض لا يطأها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل، جامعها؛ لأن المقصود تعرف براءة الرحم، وقد حصل بمضي مدة تدل على أن الحمل لو كان لظهر. [العناية ٤٨٠/٨ - ٤٨١]

إذا تبين: فإن الحامل إذا مضت مدة ظهر علامات حملها بانتفاخ جوفها، ونزول لبنها، فإذا مضت المدة ولم يبين الحمل، فالظاهر أنها غير حامل، فصار كما لو استبرأها بحیضة، فحل وطئها. أربعة أشهر إلخ: فإن أربعة أشهر وعشر أقصى ما يقع به الاستبراء بالشهور، فإذا مضت ولم يظهر الحمل، حل الوطء، ووجه الرواية الأخرى عنه: أن هذا القدر يعتبر في الحرّة، فأما الأمة فأقصى ما يعتبر استبراؤها بالشهور شهران وخمسة أيام في عدة الوفاة، فإذا مضت جاز الوطء. شهران إلخ: وهذا هو القول المرجوح إليه، والفتوى عليه؛ لأنه متى صلحت للتعرف عن شغل يتوهم بالنكاح في الإماء، فلا ن يصلح للتعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين وهو دونه أولى.

اعتباراً بعدة الحرّة: قوله: اعتباراً بعدة الحرّة يرجع إلى قوله: أربعة أشهر وعشر، وقوله: أو الأمة يرجع إلى قوله: شهران وخمسة أيام بطريق اللف والنشر، وقوله: في الوفاة يرجع إلى الحرّة والأمة جميعاً. [البنية ٢٠٥/١١]

وعن زفر^{رحمته} سستان، وهو رواية عن أبي حنيفة^{رحمته} قال: ولا بأس بالاحتياال لإسقاط
الاستبراء عند أبي يوسف^{رحمته} خلافاً لمحمد^{رحمته}، وقد ذكرنا الوجهين في الشُّفْعَة.
والمأخوذ قول أبي يوسف^{رحمته} فيما إذا علم أن البائع لم يَقْرَبْهَا في طَهْرَها ذلك، وقول
محمد^{رحمته} فيما إذا قَرَّبَها، والحيلة إذا لم تكن تحت المشتري حرّة: أن يتزوجها قبل
الشراء، ثم يشتريها، ولو كانت فالحيلة: أن يزوجه البائع قبل الشراء، أو المشتري قبل
القبض ^{في الصورة الأولى} ممن يوثق به، ثم يشتريها ويقبضها، أو يقبضها ^{في الصورة الثانية} ثم يطلق الزوج؛ لأن عند وجود
السبب - وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالاً له - لا يجب
الاستبراء، وإن حل بعد ذلك؛ لأن المعبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدّة الغير.
^{بالطلاق وجود السبب}

سستان: لأنه أكثر مدة يبقى الولد في البطن. الوجهين إلخ: أي وجهي قول أبي يوسف وقول محمد^{رحمته}
يعني بسبيل الإشارة، هما قالوا في الشفعة: وهو أن هذا منع عن وجوب الاستبراء دفع لثبوته، فلا يكره
الاحتياال في الإسقاط عند أبي يوسف^{رحمته}، ووجه قول محمد^{رحمته}: أنه إنما يجب صيانة للمياه المحترمة عن
الاختلاط فيكره. (البنية) ولو كانت: أي حرة تحت المشتري. [البنية ٢٠٦/١١]

ممن يوثق به: [أي يعتمد عليه، ولا يخاف عليه أن لا يطلقها] لأنه إذا لم يوثق به ربما لا يطلقها، فلا يحصل
المقصود، وفي فتاوى "قاضي خان رحمته": "وإذا اشترى جارية، وأراد أن يزوجه قبل القبض، وخاف أنه لو
زوجها من عبده أو أجنبي، ربما لا يطلقها لزوج، فالحيلة له: أن يزوجه على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى
شاء. [الكفاية ٤٨١/٨] ثم يطلق الزوج: يعني بعد القبض؛ وقيد به؛ لأنه إن طلقها قبله كان على المشتري
الاستبراء، إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد^{رحمته}؛ لأنه إذا طلقها قبل القبض، فإذا قبضها، والقبض بحكم العقد
بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها في هذه الحالة، وليست في نكاح ولا عدة، فيلزمه الاستبراء. [البنية ٢٠٧/١١]

كما إذا كانت: يعني إذا اشترى أمة معتدّة وقبضها، وانقضت عدتها بعد القبض، لا يجب الاستبراء؛ لأن
عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالاً للمشتري، فلما لم يجب الاستبراء وقت
استحداث الملك، لم يجب بعده؛ لعدم تجدد السبب. [الكفاية ٤٨٢/٨]

قال: ^{محمد} ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يُقبَّل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يُكفر؛ لأنه لما حُرِّم الوطء إلى أن يُكفَّر حُرِّم الدواعي؛ للإفضاء إليه؛ لأن الأصل أن سبب الحرام حرام ^{دواعي الوطء} كما في الاعتكاف والإحرام، وفي المنكوحة إذا وطئت بشبهة، بخلاف حالة الحيض والصوم؛ لأن الحيض ^{نصف} يمتد شطر عمرها، والصوم يمتد شهراً فرضاً، وأكثر العمر نفلاً، ففي المنع عنها بعض الحرج، ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها، وقد صح: "أن النبي ﷺ كان يُقبَّل وهو صائم، ويضاجع نسائه وهنَّ حيضٌ*"

ولا يقرب المظاهر: هذه المسألة ليست من مسائل الاستبراء، لكنها مذكورة في "الجامع الصغير" استطراداً، فإن الكلام لما انساق في الاستبراء إلى حرمة الدواعي، وفي هذه المسألة حرمة الدواعي ذكرها، ويجوز أن يقال: صدر الفعل بالاستبراء وغيره، وهذه من غيره. [العناية ٤٨٢/٨] لما حرم الوطء: لقوله سبحانه تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا هُمْ﴾ [البنية ٢٠٨/١١] حرام إلخ: لا محالة، لأنه لو كان السبب حلالاً، كان المسبب أيضاً حلالاً؛ لأن المقصود من مشروعية السبب، هو المسبب، كما في الاعتكاف لما حرم الوطء حرم الدواعي أيضاً، والإحرام أي كما في حالة الإحرام لما حُرِّم الوطء حُرِّم الدواعي أيضاً، وفي المنكوحة أي كما في المنكوحة إذا وطئت بشبهة حرم وطؤها قبل انقضاء العدة، وكذلك حرم الدواعي. [البنية ٢٠٨/١١] بخلاف حالة الحيض إلخ: حيث يحرم الوطء فيها، ولا يحرم الدواعي، ولكن في الصوم إذا أمن الصائم على نفسه وعليها. [البنية ٢٠٩/١١] يمتد شطر إلخ: أي قريباً من شطر عمرها، وهو عشرة أيام في كل شهر، فكان قريباً من خمسة عشر يوماً، وهي نصف الشهر. [الكفاية ٤٨٢/٨-٤٨٣]

*هما حديثان. [نصب الراية ٢٥٣/٤] فالأول: أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عائشة رضي الله عنها قالت: "كان النبي ﷺ يقبَّل ويباشر وهو صائم، وأملككم لإربه". [رقم: ١٩٢٧، باب المباشرة للصائم] والحديث الثاني: أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عائشة رضي الله عنها قالت: "كانت إحدانا إذا كانت حائضاً، فأراد رسول الله ﷺ أن يباشرها أمرها أن تنزراً في فور حيضتها ثم يباشرها، قالت: وأيكم يملك إربه كما كان النبي ﷺ يملك إربه". [رقم: ٣٠٢، باب مباشرة الحائض]

قال: وَمَنْ لَهُ أَمْتَانِ أَخْتَانِ، فَقَبْلَهُمَا بِشَهْوَةٍ: فَإِنَّهُ لَا يَجَامَعُ وَاحِدَةً مِنْهُمَا وَلَا يَقْبَلُهَا، وَلَا يَمْسُهَا بِشَهْوَةٍ، وَلَا يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ، حَتَّى يُمْلِكَ فَرْجَ الْأُخْرَى غَيْرَهُ بِمَلِكٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ يَعْتَقُهَا. وَأَصْلُ هَذَا: أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ الْمَمْلُوكَتَيْنِ لَا يَجُوزُ وَطْأً؛ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ﴾، وَلَا يَعَارِضُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾؛ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ لِلْمَحْرَمِ، وَكَذَا لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي الدَّوَاعِي؛ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، وَلِأَنَّ الدَّوَاعِي إِلَى الْوُطْءِ بِمَنْزِلَةِ الْوُطْءِ فِي التَّحْرِيمِ، عَلَى مَا مَهَّدْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، فَإِذَا قَبْلَهُمَا فَكَأَنَّهُ وَطِئَهُمَا، وَلَوْ وَطِئَهُمَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَجَامَعَ إِحْدَاهُمَا، وَلَا أَنْ يَأْتِيَ بِالدَّوَاعِي فِيهِمَا، فَكَذَا إِذَا قَبَّلَهُمَا، وَكَذَا إِذَا مَسَّاهُمَا بِشَهْوَةٍ، أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ؛ لَمَّا بَيَّنَّاهُ، إِلَّا أَنْ يُمْلِكَ فَرْجَ الْأُخْرَى غَيْرَهُ بِمَلِكٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ يَعْتَقُهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا حُرِّمَ عَلَيْهِ فَرْجُهَا لَمْ يَسْبِقْ جَامِعاً. وَقَوْلُهُ: "بِمَلِكٍ" أَرَادَ بِهِ مَلِكٌ يَمِينٌ، فَيَنْتَظِمُ التَّمْلِيكُ بِسَائِرِ أَسْبَابِهِ بَيْعاً أَوْ غَيْرَهُ، وَتَمْلِيكُ الشَّقِصِ فِيهِ كَسْتَمْلِيكِ الْكَلِّ؛

فَقَبْلَهُمَا إِخْ: [قَيَّدَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِشَهْوَةٍ لَا يَكُونُ مَعْتَبَراً] [الْعُنَايَةُ ٤٨٣/٨] لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقْبَلْهُمَا أَصْلًا كَانَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ، وَيَطَأُ أَيُّهُمَا شَاءَ، سَوَاءَ كَانَ اشْتَرَاهُمَا مَعاً، أَوْ اشْتَرَاهُمَا عَلَى التَّعَاقُبِ، وَإِنْ قَبَلَ وَاحِدَةً مِنْهُمَا، فَلَهُ أَنْ يَطَأَ لِلْقَبْلِ دُونَ الْأُخْرَى، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ التَّقْبِيلُ بِشَهْوَةٍ صَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَقْبَلْهُمَا أَصْلًا. (الْخَاتِمَةُ) لِإِطْلَاقِ إِخْ: وَالْمُرَادُ: تَحْرِيمُ الْعَقْدِ وَالْوُطْءِ بِالْإِجْمَاعِ، وَالْمَعْطُوفُ يَشَارِكُ الْمَعْطُوفَ عَلَيْهِ فِي الْحُكْمِ تَحْقِيقاً لِقَضِيَةِ الْعَطْفِ، وَهُوَ الْمُرَوِيُّ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الصَّحَابَةِ. [الْبَنَاءُ ٢١١/١١]

وَلَا يَعَارِضُ إِخْ: أَرَادَ بِذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ يَدُلُّ عَلَى الْحُلِّ، وَقَوْلُهُ: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا﴾ عَلَى الْحَرَمَةِ، وَالْحَرَمُ مَعَ الْمُبَاحِ إِذَا اجْتَمَعَا، فَالْمَحْرَمُ أَوَّلَى؛ لِأَنَّ الْحَرَامَ يَجْنِبُ تَرْكُهُ، وَالْمُبَاحُ لَا يَجِبُ فَعْلُهُ. (الْبَنَاءُ) مَهَّدْنَاهُ مِنْ قَبْلُ: أَشَارَ بِهِ إِلَى قَوْلِهِ: لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ سَبَبَ الْحَرَامِ حَرَامٌ. (الْبَنَاءُ) لَمَّا بَيَّنَّاهُ: أَشَارَ بِهِ إِلَى قَوْلِهِ: لِأَنَّ الدَّوَاعِي إِلَى الْوُطْءِ بِمَنْزِلَةِ الْوُطْءِ. (الْبَنَاءُ) أَوْ غَيْرَهُ: أَيُّ مِنْ حَيْثُ الْبَيْعُ أَوْ غَيْرُهُ نَحْوُ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ. [الْبَنَاءُ ٢١٣/١١]

لأن الوطء يحرم به، وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلَّها، وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا؛ لثبوت حرمة الوطء بذلك كله، وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى، ألا ترى أنها لا تخرج بها عن ملكه، وقوله: "أو نكاح" أراد به النكاح الصحيح، أما إذا زوّج إحداهما نكاحاً فاسداً لا يباح له وطء المولى الأخرى، إلا أن يدخل الزوج بها فيه؛ لأنه تجب العدة عليها، والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم. ولو وطء إحداهما: حل له وطء الموطوءة دون الأخرى؛ لأنه يصير جامعاً بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة،

وكذا الكتابة إلخ: أي وكذا لو كاتب إحداهما، فإن الكتابة كالإعتاق لثبوت حرمة الوطء بها حتى لو وطئها يعزم العقد لها. وقال صاحب "الغنية": وكلمة "كذا" زائدة. قلت: زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة. (البنية) وفي "المبسوط": هذا الجواب في الكتابة مشكل؛ لأنها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى، حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز، ولم يحل فرجها لغيره، فكان ينبغي أن لا يحل له وطء الأخرى، ولكن قال: ملك المولى يزول بالكتابة، ولهذا يلزمه العقر بوطئها، فكان وطؤه إياها في غير ملكه، حتى لا يتفك عن عقوبة أو غرامة، وقد سقطت العقوبة، فتجب الغرامة، فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها، فيحل له أن يطأ الأخرى. [الكفاية ٤٨٤/٨ - ٤٨٥] في هذا: أي في أنه تحل الأخرى. [البنية ٢١٣/١١]

بذلك كله: أي كما ذكرنا في الصور، وهو تمليك الشقص، وإعتاق البعض والكتابة. [البنية ٢١٣/١١] لا تخرج إلخ: أقول: كان الظاهر في التعليل هنا أن يقول: لأنه لا تثبت بها حرمة الوطء؛ فإن مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لا تحل له الأخرى، ألا ترى أنها لا تخرج عن ملكه بالكتابة أيضاً كما تقرر في كتاب المكاتب، وصرح به الشراح أيضاً هنا فيما قبل مع أنه إذا كاتب إحداهما تحل له الأخرى كما مر آنفاً، وحمل الملك في قوله: لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا يخفى؛ إذ استعمل في اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء، وإنما يقال: ملك اليمين أو ملك النكاح. [فتح القدير ٤٨٤/٨ - ٤٨٥] والعدة كالنكاح: أي على المولى، فيجعل له حينئذ أن يطأ أختها. [البنية ٢١٤/١١]

وكلُّ امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فيما ذكرناه بمنزلة الأختين. قال: ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل، أو يده، أو شيئاً منه، أو يعانقه، وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما. وقال أبو يوسف رحمه: لا بأس بالتقبيل والمعانقة؛ لما روي: "أن النبي ﷺ عانق جعفرًا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة، وقبل بين عينيه"، ولهما: ما روي: "أن النبي ﷺ نهى عن المكامعة - وهي المعانقة - وعن المكامعة - وهي التقبيل" - ** وما رواه محمود على ما قبل التحريم، ثم قالوا: الخلاف في المعانقة في إزار واحد،

لا يجوز الجمع: كل شخصين لو جعل أحدهما ذكراً والأخرى أنثى أيهما جاز النكاح بينهما. جاز الجمع بينهما إذا كانتا أنثيين، وإن كان لا يجوز النكاح بينهما لا يجوز الجمع بينهما إذا كانتا أنثيين. بمنزلة الأختين: يعني تكونان بمنزلة الأختين في قضاء الشهوة، فإذا قبلهما، أو مسهما، أو نظر إلى فرجهما بشهوة لا يجوز له وطء واحدة منهما، حتى يحرم فرج الأخرى عليه بوجه من الوجوه، وكذا الحكم فيما إذا كانت إحدهما أم الأخرى أو بينهما لا يجوز الجمع بينهما في قضاء الشهوة. [النهاية ٢١٤/١١]

ثم قالوا إلخ: والشيخ أبو منصور رحمه وفق بين هذه الأحاديث، فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة، وعبر عنه المصنف بقوله: في إزار واحد، فإنه سبب يفضي إليها، فأما على وجه البر والكرامة إذا كان عليه قميص أو حبة، فلا بأس به. [العناية ٤٨٥/٨]

* روي مسنداً ومرسلاً، أما المسند فعن ابن عمر وجابر وأبي جحيفة وعائشة. [نصب الراية ٢٥٤/٤] أخرجه الحاكم في "المستدرک" عن ابن عمر قال: "وجه رسول الله ﷺ جعفر بن أبي طالب إلى بلاد الحبشة، فلما قدم منها اعتنقه النبي ﷺ، وقبل بين عينيه"، وقال الحاكم: إسناده صحيح لا غبار عليه. [٤٦٤/١، في أواخر الصلاة]

** رواه ابن أبي شيبه في "مصنفه" في "النكاح" حدثنا زيد بن الحباب حدثني يحيى بن أيوب المصري أخبرني عياش بن عباس الحميري عن أبي الحصين الهيثم عن عامر الحجري قال: سمعت أبا ریحانة صاحب النبي ﷺ واسمه شمعون قال: "كان رسول الله ﷺ ينهى عن مكامعة أو معاكمة المرأة المرأة ليس بينهما شيء، وعن معاكمة الرجل الرجل ليس بينهما شيء". [٤٥٣/٣، باب في مباشرة الرجل الرجل والمرأة المرأة]

أما إذا كان عليه قميص أو جُبَّة فلا بأس بها بالإجماع، وهو الصحيح. قال: ^{الرجل} ولا بأس بالمصافحة؛ لأنه هو المتوارث، وقال ^{المصافحة} عليّ: "من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه".*

فصل في البيع

قال: ولا بأس ببيع السرّقين، ويكره بيع العذرة، وقال الشافعي ^{محمد} رحمته: لا يجوز بيع السرّقين أيضاً؛ لأنه نجس العين، فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ. ولنا: أنه منتفع به؛ لأنه يلقي في الأراضي لاستكثار الرّيع، فكان مالاً، والمال محلّ للبيع، بخلاف العذرة؛ لأنه لا ينتفع بها إلا مخلوطاً، ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد ^{بالترايب والرماد} رحمته، وهو الصحيح، وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح،

في البيع: آخر فصل في البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء؛ لأن أثر تلك الأفعال متصل بيدن الإنسان، وهذا لا وما كان أكثر اتصالاً كان أحق بالتقدم. [نتائج الأفكار ٨ / ٤٨٦] فكان مالاً؛ لأن المال ما يتمول أي يدخر لوقت الحاجة، وقد يتمول المسلمون السرّقين، وانتفعوا به من نكير من أحد من السلف. بيع المخلوط: لأنه مال، ونجاسة العين يمنع الأكل، ولا يمنع الانتفاع. (البنية) وهو الصحيح: احترز به عما روي عن أبي حنيفة أنه قال: لا بأس ببيع غير المخلوط أيضاً. (البنية) في الصحيح: احترز به عما روي عن أبي حنيفة رحمته أنه قال: لا بأس بالانتفاع بالعذرة الخالصة. [البنية ١١ / ٢٢٦]

* روى الطبراني في "معجمه الوسط" حدثنا أحمد بن رشد بن ثنا يحيى بن بكير ثنا موسى بن ربيعة عن موسى بن سويد الحمصي عن الوليد بن أبي الوليد عن يعقوب الخريقي عن حذيفة بن اليمان عن النبي صلّى الله عليه وآله قال: "إن المؤمن إذا لقي المؤمن فسلم عليه، وأخذ يده فصافحه تناثرت خطاياهم كما يتناثر ورق الشجر" [نصب الراية ٤ / ٢٥٩]

والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة. قال: ^{محمد} ومن علم بجارية أنها لرجل، فرأى آخر يبيعها، وقال: ^{الآخر} وكلني صاحبها ببيعها: فإنه يسعه أن يشتاعها ويطأها؛ لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له، وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان؛ لما مر من قبل. وكذا إذا قال: اشتريتها منه، أو وهبها لي، أو تصدق بها علي؛ لما قلنا، وهذا إذا كان ثقة، ^{قبول قوله الآخر} وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق؛ لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة؛ للحاجة على ما مر، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب: لم يسع له أن يتعرض لشيء من ذلك؛ لأن أكبر الرأي يقام مقام اليقين، وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان، ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان،

بمنزلة زيت: أي المخلوط من العذرة بالتراب بمنزلة زيت خالطته النجاسة حيث يجوز بيعه والانتفاع به كالاستصباح ونحوه اتفاقاً، فذلك العذرة المخلوطة بالتراب الغالب يجوز بيعه قياساً عليه، والجامع كونها منتفعاً بها؛ لأن الناس ينتفعون بها مخلوطة. [البنية ٢٢٦/١١] بخبر صحيح: لأنه صدر عن عقل ودين مع اعتقاد حرمة الكذب. (البنية) أي وصف: يعني حراً كان أو عبداً، مسلماً كان أو كافراً، رجلاً كان أو امرأة، عدلاً كان أو غير عدل، صيباً كان أو بالغاً، بعد أن كان عاقلاً مميزاً. [البنية ٢٢٧/١١]

من قبل: يعني في فصل الأكل والشرب في قوله: ومن أرسل أجيراً له بحوسياً؛ وهذا لأن خير الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة؛ دفعاً للخرج. (العناية) لما قلنا: إشارة إلى قوله: لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له. [العناية ٤٨٧/٨] كان ثقة: مراد المصنف بقوله: إذا كان ثقة إذا كان عدلاً، وبقوله: وكذا إذا كان غير ثقة، وكذا إذا كان غير عدل، ولا تناقض بين ذلك وبين قوله: على أي وصف كان أصلاً. [نتائج الأفكار ٤٨٧/٨] على ما مر: إشارة إلى ما قال في فصل الأكل والشرب: إن قول الواحد قبل في المعاملات؛ دفعاً للخرج.

لشيء من ذلك: أي يقصد بشيء من الانتفاع والوطء يعني: لا يشتريها ولا يطأها. (البنية) لم يعلم: أي وكذا الحكم إذا لم يعلم الرجل أن الجارية لفلان، ولكن الذي في يده أخبره أنها لفلان. [البنية ٢٢٨/١١]

وأنه وكله يبيعها، أو اشتراها منه، ^{صاحب اليد الفلان} والمخبر ثقة: قبل قوله، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه؛ لأن إخباره **حُجَّةٌ في حقه**، وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء: فإن كان عرفها ^{الجارية} للأول لم يشتريها، حتى يعلم انتقالها إلى ملك ^{البائع} الثاني؛ لأن يد الأول دليل ملكه، وإن كان لا يعرف ذلك، له أن يشتريها، وإن كان ذو اليد فاسقاً؛ لأن يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل، ولم يعارضه معارضٌ، ولا معتبرٌ بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر، إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك، فحينئذ يُستحب له أن يتزده. ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة من ذلك؛ لاعتماده الدليل الشرعي، وإن كان الذي أتاه بها عبداً أو أمة: لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل؛ لأن المملوك لا ملك له، فيعلم أن الملك فيها لغيره، فإن أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة: قبل، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي، وإن لم يكن له رأي لم يشتريها؛ لقيام الحاجز، فلا بد من دليل.

حجة في حقه: أي في حق نفسه فيما يرجع إليه، وهو قوله: ليس لي، بل لفلان، ولكن غير حجة فيما لا يرجع إليه، وهو قوله: وكلني أو اشتريت منه، فلا بد من حجة، وهو أكبر الرأي. [البنية ٢٢٩/١١] الفاسق والعدل: أي في حق الناس كافة؛ لأن اليد دليل الملك شرعاً، والفاسق والعدل في هذا سواء، حتى إذا نازعه غيره، فالقول له، ويحل لمن رآه في يده أن يشهد له بالملك. [الكفاية ٤٩٠/٨] مثل ذلك: كدرة في يد الفقير لا يملك شيئاً، أو كتاب في يد جاهل لم يكن في إياه وهو أهل لذلك. [البنية ٢٢٩/١١] الدليل الشرعي: وهو أن اليد دليل الملك. وإن كان الذي إتح: أي وإن كان الذي أتى الرجل بالجارية عبداً أو أمة، وقال: وههنا شك لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل إتح. (البنية) أكبر الرأي: فإن كان أكبر رأيه أنه صادق صدقه، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يتعرض لشيء من ذلك. (البنية) لقيام الحاجز: لأن الرق حاجز عن التصرف أي مانع عنه، فما لم يوجد نوع دليل لا يعمل بمجرد اليد. [البنية ٢٣٠/١١]

قال: ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها، أو طلقها ثلاثاً، أو كان ^{المخبر} غير ثقة، وأنها بكتاب من زوجها بالطلاق، ولا تدري أنه كتابه أم لا، إلا أن أكبر رأيها أنه حق، يعني بعد التحري: فلا بأس بأن تعد ثم تتزوج؛ لأن القاطع طارئ ولا منازع. وكذا لو قالت لرجل: طلقني زوجي وانقضت عدتي، فلا بأس أن يتزوجها، وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث: انقضت عدتي، وتزوجت بزواج آخر، ودخل بي، ثم طلقني وانقضت عدتي، فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول، وكذا لو قالت جارية: كنت أمة لفلان، فأعتقني؛ لأن القاطع طارئ. ولو أخبرها مخبر: أن أصل النكاح كان فاسداً، أو كان الزوج حين تزوجها مرتدّاً، أو أخاها من الرضاة: لم يقبل قوله، حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان. وكذا إذا أخبره مخبر أنك ^{عدل} تزوجتها، وهي مرتدة، أو أختك من الرضاة: لم يتزوج بأختها أو أربع سواها،

ولو أن امرأة: هذه المسألة مع ما بعدها إلى قوله: وإذا باع المسلم حمراً من مسائل كتاب الاستحسان، ذكرها هنا تفريعاً على مسألة "الجامع الصغير". فلا بأس: بناء على أن القاطع إذا كان طارئاً ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد، فإن كان ثقة لا يحتاج إلى غيره، وإن لم يكن لابد من انضمام أكبر رأي المخبر له. [العناية ٨/٤٩٠] ثم تتزوج: هذا في الإخبار، وأما في الشهادة فلا يصح، وإن كان الشاهد اثنين حيث لا يقضي القاضي بالفرقة؛ لأنها قضاء على الغائب. [الكفاية ٨/٤٩٠]

لأن القاطع: أي لأن القاطع للزوجية طارئ أي: عارض وهو الموت أو الطلاق، والزوجية السابقة لا تنازعه؛ لأنها لا تدل على البقاء، وهو معنى قوله: ولا منازع يعني ولا منازع موجود هنا. [البنية ١١/٢٣١] فلا بأس إلخ: [أي إذا كانت ثقة، أو وقع في قلبه أنها صادقة] لأنها أخبرت عن أمر لا منازع فيه. (البنية) فأعتقني: يحل للمخبر له أن يتزوجها. (البنية) القاطع طارئ: أي القاطع للرقبة عارض وهو العتق، ولا منازع. [البنية ١١/٢٣٤]

حتى يشهد بذلك عدلان؛ ^{لأنه} ^{المخير} أخبر بفساد مقارن، والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده، فثبت المنازع بالظاهر، بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة، فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أختها، ^{الزوج} حيث يقبل قول الواحد فيه؛ لأن القاطع طارئ، والإقدام الأول لا يدل على انعدامه، ^{الارتضاع} فلم يثبت المنازع فافترقا، وعلى هذا الحرف يدور الفرق. ولو كانت جارية صغيرة لا تُعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له، فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر، فقالت: أنا حرة الأصل، لم يسعه أن يتزوجها؛ لتحقق المنازع، وهو ذو اليد، بخلاف ما تقدم. ^{محمد} قال: وإذا باع المسلم خمرًا، وأخذ ثمنها، وعليه دين: فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه، وإن كان البائع نصرانيًا: فلا بأس به. والفرق: أن البيع في الوجه الأول قد بطل؛ لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم، فبقي الثمن على ملك المشتري، فلا يحل أخذه من البائع، ^{المسلم}

لأنه أخبر إلخ: أي لأن هذا خبر في موضع المنازعة؛ لأن الظاهر من حال العاقد أنه يدعي صحة عقده، وهذا يدعي فساده، فلا يقبل، إلا إذا شهد عنده شاهدان عدلان على ذلك، فحينئذ يقبل.

فيثبت المنازع إلخ: فالحاصل: إنا لم نقبل خبر الواحد في موضع المنازعة؛ لحاجتنا إلى الإلزام، وقبلنا في موضع المسألة؛ لعدمه. (الكفاية) لأن القاطع طارئ: أي القاطع للزوجية عارض وهو الرضاع. (البنية) يدور الفرق: [أي بين قبول قول الواحد وعدم قبوله] هو أن المفسد إذا كان طارئاً يثبت بخبر الواحد العدل، وإن كان مقارناً، فلا يثبت حتى يشهد بذلك عدلان. [الكفاية ٤٩١/٨]

بخلاف ما تقدم: أراد به قوله: أنها لو قالت: كنت أمة لفلان، فأعتقني حيث يقبل قولها؛ لأن الخبر الأول في غير موضع المنازعة. [البنية ٢٣٥/١١] فإنه يكره: وروي عن محمد ﷺ أنه قال: هذا إذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي، فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه. [العناية ٤٩١/٨]

وفي الوجه الثاني: صحّ البيع؛ لأنه مال متقوم في حق الذمي، فملكه البائع، فيحل
 الأخذ منه. قال: ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك في
 بلد يضرُّ الاحتكارُ بأهله، وكذلك التلقي، فأما إذا كان لا يضرُّ: فلا بأس به.
 والأصل فيه قوله عليه السلام: "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"،* ولأنه تعلق به حق
 العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم، وتضييق الأمر عليهم، فيكره إذا كان
 يضرُّ بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة، بخلاف ما إذا لم يضر، بأن كان المصر
 كبيراً؛ لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره، وكذا التلقي على هذا التفصيل؛
 لأن النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب،

ويكره الاحتكار: هو افتعال من حكر أي حبس، والمراد به حبس الأقوات متربصاً للغلاء. [العناية ٤٩١/٨]
 وكذلك التلقي إلخ: أي وكذا يكره التلقي الجلب إذا كان في بلد يضر أهله، وإلا فلا، والمراد منه: أن
 يخرج من البلدة إلى القافلة التي جلبت الطعام، فاشتراها خارج البلد، يكره، وإلا فلا إذا كان لا يضر،
 فلا بأس به. [البنية ٢٣٧/١١-٢٣٨] الجالب: قال الفقيه أبو الليث: أراد بالجالب الذي يشتري الطعام
 للبيع، فيجلبه إلى بلده، فيبيعه فهو مرزوق؛ لأن الناس ينتفعون به، فينال به بركة دعاء المسلمين، والمحتكر
 يشتري الطعام للمنع، ويضر بالناس؛ لأن في ذلك تعنيفاً على المسلمين. [البنية ٢٣٩/١١]
 ملعون: قيل: اللعن على نوعين: أحدهما: الطرد من رحمة الله تعالى، وذلك لا يكون إلا للكافر، والثاني:
 الإبعاد عن درجة الأبرار ومقام الصالحين، وهو المراد ههنا؛ لأن عند أهل السنة المؤمن لا يخرج عن الإيمان
 بارتكاب كبيرة. [الكفاية ٤٩١/٨] هذا التفصيل: يعني إن أضر بأهل البلدة يكره، وإلا فلا. (البنية)

* أخرجه ابن ماجه في "التجارات" عن علي بن سالم بن ثوبان عن علي بن زيد بن جدعان عن سعيد بن
 المسيب عن عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله ﷺ: "الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون". [رقم: ٢١٥٣،
 باب الحكرة والجلب]

وعن تلقّي الرُّكْبَانِ* قالوا: هذا إذا لم يلبس المتلقّي على التجار سعرَ البلدة، فإن لبس فهو مكروه في الوجهين؛ لأنه غادرٌ بهم، وتخصيصُ الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقَتّ قول أبي حنيفة رحمته الله، وقال أبو يوسف رحمته الله: كل ما أضرَّ بالعامّة حبسُه، فهو احتكار، وإن كان ذهباً أو فضةً أو ثوباً، وعن محمد رحمته الله أنه قال: لا احتكار في الثياب، فأبو يوسف رحمته الله اعتبر حقيقة الضرر؛ إذ هو المؤثر في الكراهة، وأبو حنيفة رحمته الله اعتبر الضرر المعهود المتعارف.

قالوا: هذا: أي قال المشايخ رحمته الله: هذا الذي ذكرناه من الكراهة فيما إذا أضر بأهل البلدة، وعدم الكراهة فيما لم يضر بهم فيما إذا اشترى المتلقّي بلا لبس السعر على التجارة، أما إذا لبس عليهم، فإنه يكره سواء أضر بأهل البلدة أو لم يضر. (البنية) في الوجهين: أي في صورة الإضرار وعدم الإضرار. [البنية ٢٤٠/١١]

لا احتكار إلخ: فإن الحاجة اللازمة الدائمة في الأقوات دون غيرها، والثياب لا يقف قيام الأبدان، وبقاء الحياة عليها، وقوت الحيوان ما كان قوامه به من المأكول، وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي، وأما قول محمد رحمته الله: إن حبس الأرض ليس باحتكار، فهو محمول على البلاد التي لا يتقوتون به، أما في الموضع الذي هو قوتهم مثل طبرستان، فهو احتكار.

حقيقة الضرر: أي وحقيقة الضرر موجودة في كل شيء، ولعموم النهي أيضاً. [البنية ٢٤١/١١]

المعهود المتعارف: غالباً بين الناس، وذكر في "الكافي" محمد مع أبي حنيفة رحمته الله، قال: وعليه الفتوى، والحاصل: أنهما اعتبرا الأمر الغالب العام، وذلك لا يكون إلا فيما هو ضرر مطلق. [البنية ٢٤١/١١ - ٢٤٢]

*هما حديثان. [نصب الراية ٢٦١/٤] فالأول: أخرجه مسلم في "صحيحه" عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تلقوا الجنب، فمن تلقاه فاشترى منه؛ فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار". [رقم: ١٥١٩، باب تحريم تلقى الجلب] والثاني: أخرجه البخاري في "صحيحه" عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تلقوا الركبان، ولا يبيع حاضر لباد"، قال: فقلت لابن عباس: ما قوله: لا يبيع حاضر لباد؟ قال: لا يكون له سمساراً. [رقم: ٢١٥٨، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر]

ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكاراً؛ لعدم الضرر، وإذا طالبت ^{المدة} يكون احتكاراً مكروهاً؛ لتحقيق الضرر، ثم قيل: هي مقدرة بأربعين يوماً؛ لقول النبي ﷺ: "من احتكر طعاماً أربعين ليلةً فقد برئ من الله وبرئ الله منه"، * وقيل: بالشهر؛ لأن ما ^{مقدرة بالشهر} دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه كثير آجل، وقد مرّ في غير موضع، ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزّة وبين أن يتربص القحط -والعياذ بالله-، وقيل: المدة للمعاقبة في الدنيا، إمّا يأثم وإن قلت المدة، والحاصل: أن التجارة في الطعام غير **محمودة**. قال: ومن احتكر ^{محاصيل} غلّة ضيعته، أو ما جلبه من بلد آخر: فليس بمحتكر، أما ^{القدوري} الأول؛ فلأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة، ألا ترى أن له أن لا يزرع، ^{أرضه} فكذا له أن لا يبيع. وأما الثاني فالمدكور قول أبي حنيفة رحمته؛

هي مقدرة: أي مدة الاحتكار التي يمنع منها. وقد مرّ إلخ: أي قد مرّ بيان أن الشهر كثير وما دونه قليل في غير موضع من الكتاب في الصلاة، والسلم والوكالة واليمين وغيرها. (البنية) ويقع التفاوت إلخ: أراد أن إثم من يتربص القحط أعظم من إثم من يتربص عزة الطعام، وهي الغلاء. (البنية) المدة للمعاقبة: يعني ضرب المدة في الاحتكار لأجل المعاقبة في الدنيا، يعني يقدر الإمام المحتكر ويهدده. [البنية ١١/٢٤٣] غير **محمودة**: هذا إذا كان على قصد الاحتكار، وتربص الغلاء، وقصد الإضرار بالناس، أما إذا لم يكن شيء من ذلك فهو محمود؛ لأن الكاسب صديق الله. [الكفاية ٨/٤٩٢] أما الثاني: وهو ما جلبه من بلد آخر. (البنية)

* رواه أحمد وابن أبي شيبة والبخاري وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم، والحاكم في "المستدرک"، والدارقطني في غرائب مالك، والطبراني في "معجمه الوسط"، وأبو نعيم في "الحلية". [نصب الراية ٤/٢٦٢] أخرجه الحاكم في "المستدرک" عن عمرو بن الحصين عن أصبغ بن زيد ثنا أبو بشر عن أبي الزاهدية عن كثير بن مرة الحضرمي عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: "من احتكر طعاماً أربعين ليلة، فقد برئ من الله وبرئ الله منه، وأما أهل عرصة بات فيهم امرؤ جائع، فقد برئت منهم ذمة الله". [١١/٢، في البيوع]

لأن حق العامة إنما يتعلق بما جُمِعَ في المصر، وجلب إلى فنائها، وقال أبو يوسف رحمته:
 يكره لإطلاق ما رويناه، وقال محمد رحمته: كل ما يجلب ^{من بلد آخر} منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر، يحرم الاحتكار فيه؛ لتعلق حق العامة به، بخلاف ما إذا كان البلد بعيداً لم تجرِ العادة بالحمل منه إلى المصر؛ لأنه لم يتعلق به حق العامة. قال: ولا ينبغي للسلطان أن يسعّر على الناس؛ لقوله عليه: "لا تسعّروا فإن الله هو المسعّر القابض الباسط الرازق"،* ولأن الثمن حق العاقد، فإليه تقديره، فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه، إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين. وإذا رُفِعَ إلى القاضي هذا الأمر ^{الاحتكار} يأمر المحتكر ببيع ما فضّل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك، وينهاه عن الاحتكار، فإن رُفِعَ إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجراً له؛

ما رويناه: أشار به إلى قوله عليه: "المحتكر ملعون". (البنية) كل ما يجلب: أي كل موضع يجلب إلخ. يحرم الاحتكار فيه: ذكر الفقيه أبو الليث رحمته في شرح "الجامع الصغير": إن هذا على ثلاثة أوجه: في وجه لا بأس به، وفي وجه مكروه، وفي وجه اختلفوا فيه، فأما الذي هو مكروه هو أن يشتري طعاماً في مصر ويمتنع عن بيعه، وفي ذلك ضرر بالناس، فإنه مكروه. [البنية ٢٤٤/١١]
 إلا إذا تعلق به إلخ: بأن يتعدى المعتاد تعدياً فاحشاً يبيع ما يساوي خمسين بمائة، فحينئذ يمنع منه دفعاً للضرر عن المسلمين، وأما المتعارف فليس به بأس. [البنية ٢٤٦/١١] على ما نبين: والبيان في قوله: ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً. (الكفاية) في ذلك: يعني في قوته وقوت أهله. (البنية) مرة أخرى: وفي "الجامع الصغير": فإن رفع إليه مرة أخرى وعظه وهدده، فإن رفع إليه مرة ثالثة، فحينئذ حبسه. [الكفاية ٤٩٢/٨]

* روي من حديث أنس، ومن حديث أبي جحيفة، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث الحذري. [نصب الراية ٢٦٢/٤] أخرجه أبوداود في "سننه" عن أنس بن مالك قال: قال الناس: يا رسول الله غلا السعّر فسعّر لنا، فقال رسول الله ﷺ: "إن الله هو المسعّر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله تعالى وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال". [رقم: ٣٤٥١، باب في التسعير]

دفعاً للضرر عن الناس. فإن كان أربابُ الطعام يتحكمون، ويتعدّون عن القيمة تعدّياً فاحشاً، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، فحينئذ لا بأس به، بمشورة من أهل الرأي والبصيرة، فإذا فعل ذلك، وتعدّى رجل عن ذلك، وباع بأكثر منه أجازة القاضي، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة رحمته الله؛ لأنه لا يرى الحجر على الحرّ، وكذا عندهما، إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم. ومن باع منهم بما قدره الإمام: البالغ العاقل صح؛ لأنه غير مُكْرَهٍ على البيع، وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه؟ قيل: هو على الاختلاف الذي عُرِفَ في بيع مال المديون، وقيل: يبيع بالاتفاق؛ لأن أبا حنيفة رحمته الله يرى الحجر؛ لدفع ضرر عام، وهذا كذلك. قال: ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة، معناه: ممّن يُعرف أنه من أهل الفتنة؛ القدوري

تعدّياً فاحشاً: بأن يبيعوا قفيراً بمائة، وهو يُشترى بخمسين، فيمنعون منه دفعاً للضرر عن المسلمين. [العناية ٤٩٢/٨] أجازة القاضي: وذلك لأنه إذا لم يكن على قوم بأعيانهم لا يكون ذلك حجراً بل يكون قبولاً في ذلك. لا يرى الحجر: وفي إبطال بيعه كأنه رأى الحجر عليه. (البنية) وكذا عندهما: أي وكذا هو ظاهر عندهما؛ لأنهما وإن رأيا الحجر، ولكن على حر معين، أو قوم بأعيانهم، أما على قوم مجهولين فلا، وههنا كذلك، فلا يصح. [البنية ٢٤٨/١١] من غير رضاه: أي امتنع عن البيع بالكلية.

على الاختلاف: أشار به إلى اختلاف المشايخ، قال بعضهم: لا يبيع على مذهب أبي حنيفة رحمته الله، ويبيع على قولهما كما في بيع مال المديون المفلس إذا امتنع عن البيع. (البنية) يبيع بالاتفاق: وإليه ذهب "القدوري" في شرحه. (البنية) يرى الحجر: كالحجر على الطبيب الجاهل، والمكاري المفلس، والمفتي الماجن؛ لأن ضررهم يرجع إلى العامة. (البنية) وهذا كذلك: أي وهذا الحكم وهو بيع القاضي طعام المحتكر بغير رضا كالحجر لدفع ضرر عام؛ لأن ضرره يرجع على العامة. (البنية) معناه: أي معنى كلام القدوري يكره بيع السلاح في أيام الفتنة. [البنية ٢٤٩/١١]

لأنه تسبب إلى المعصية، وقد بيناه في السير، وإن كان لا يعرف أنه من أهل البيع الفتنة لا بأس بذلك؛ لأنه يُحتمل أن لا يستعمله في الفتنة، فلا يكره بالشك. قال: ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرًا؛ لأن المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره، بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة؛ لأن المعصية تقوم بعينه. قال: ومن أجر بيتاً لِيَتَّخِذَ فيه بيتُ نار، أو كنيسة، أو بيعة، أو يباع فيه الخمر بالسواد: فلا بأس به، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: لا ينبغي أن يُكرِه لشيء من ذلك؛ لأنه إعانة على المعصية، وله: أن الإجارة تردّ على منفعة البيت، ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم، ولا معصية فيه، وإنما المعصية بفعل المستأجر، وهو مختار فيه، فقطع نسبته عنه، وإنما قيده بالسواد؛ لأنهم لا يُمكنون من اتخاذ البيع والكنائس، وإظهار بيع الخمر والخنازير في الأمصار؛ لظهور شعائر الإسلام فيها، بخلاف السواد، قالوا: هذا كان في سواد الكوفة؛ لأن غالب أهلها أهل الذمة،

إلى المعصية: وهو الإعانة على العدوان وقد فهمنا عنه، قال الله سبحانه تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾. (البنية) في السير: أي في آخر كتاب السير. (البنية) بعد تغييره: أي استحالته إلى الخمر. (البنية) بالسواد: [القرى أي بيتاً كائناً بالسواد] يتعلق بالجميع. (البنية) بمجرد التسليم: أي تسليم البيت إلى المستأجر. مختار فيه: أي المستأجر مختار في فعل المعصية يعني أن ذلك باختياره. [البنية ٢٥١/١١] فقطع نسبته: أي قطع نسبة المعصية عن العقد، وفي بعض النسخ: فيقطع نسبه عنه، وهذا كما إذا أخذ من هرب ممن قصده بالقتل حتى قتله لا شيء على الآخر لتخلل فعل فاعل مختار. [البنية ٢٥١/١١] شعائر الإسلام فيها: أي في الأمصار، وهي الجمع والجماعات والأعياد، وإقامة الحدود على ما ذكرنا عن قريب. (البنية) بخلاف السواد: أي أهل القرى؛ لأنه ليست فيه شعائر الإسلام كالأمصار. [البنية ٢٥١/١١]

فأما في سوادنا فأعلام الإسلام فيها ظاهرة، فلا يمكنون فيها أيضاً، وهو الأصح.
 قسأل: ومن حمل لدمي خمرأ: فإنه يطيب له الأجر، عند أبي حنيفة ^{رحمه الله} ^{قياساً}
 وقال أبو يوسف ومحمد ^{رحمهما الله} ^{استحساناً}: يكره له ذلك؛ لأنه إعانة على المعصية، وقد صح:
 "أن النبي ^{صلوات الله عليه} لعن في الخمر عشراً: حاملها والمحمول إليه".* وله: أن المعصية في شربها،
 وهو فعل فاعل مختار، وليس الشرب من ضرورات الحمل، ولا يقصد به، والحديث
 محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية. قال: ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة، ويكره
 بيع أرضها، وهذا عند أبي حنيفة ^{رحمه الله}. وقالوا: لا بأس ببيع أرضها أيضاً، وهذا رواية
 عن أبي حنيفة ^{رحمه الله}؛ لأنها مملوكة لهم؛ لظهور الاختصاص الشرعي بها، فصار كالبناء.
 أرض مكة أرض مكة

وهو الأصح: وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي، وفخر الإسلام البزدوي، وعند الفضلي: لا يمنعون من ذلك في السواد، واحترز بقوله: وهو الأصح عن قوله. [البنية ١١/٢٥٢] على المعصية: قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾. من ضرورات الحمل: لأن الشرب قد يوجد بدون الحمل، والحمل قد يوجد بلا شرب، بل يكون الحمل للإراقة، أو للصب في النخيل ليتخلل، فلم تكن المعصية من لوازمه. [البنية ١١/٢٥٤] ولا يقصد به: أي لا يقصد الحامل بالحمل شرب الزمي، بل مقصوده تحصيل الأجرة. [الكفاية ٨/٤٩٣] والحديث محمول إلخ: هذا جواب عن استدلالهما بالحديث، والمقرون بقصد المعصية هو شرب الخمر. [البنية ١١/٢٥٤] وهذا: أي كراهة بيع أرض مكة عند أبي حنيفة رحمته الله، وبه قال مالك وأحمد رحمتهما الله في رواية. [البنية ١٤/٥٦٧] لظهور الاختصاص إلخ: أراد بالاختصاص الشرعي: التوارث، وقسمتها في الموارد من الصدر الأول إلى يومنا. [البنية ١١/٢٥٥]

* روي من حديث ابن عمر، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث ابن مسعود، ومن حديث أنس. [نصب
الراية ٢٦٣/٤] أخرجه أبو داود عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: "لعن الله الخمر، وشاربها، وساقها،
وبائعها، ومبتاعها، وعامرها، ومعتصرها، وحاملها، والحاملة إليه". [رقم: ٣٦٧٤، باب العنب يعصر للخمر]

ولأبي حنيفة رحمته الله قوله عليه السلام: "ألا إن مكة حرام لا تباع رباؤها ولا تورث"، * ولأنها
حرمة محترمة؛ لأنها فناء الكعبة، وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا أراضي مكة يُنْفَرُ صيدها،
ولا يُخْتَلَى خَلاها، ولا يُعَصَّدُ شوكها، فكذا في حق البيع، بخلاف البناء؛ لأنه
خالص ملك الباني، ويكره إيجارها أيضاً؛ لقوله عليه السلام: "من آجر أرض مكة فكأنما
أكل الربا"، ** ولأن أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من
احتاج إليها سكنها،

رباعها: الرباع جمع ربع: وهو الدار بعينها حيث كانت، والمحلة والمنزل، كذا في "القاموس" وغيره، ولا شك
أن كلاً من الدار والمحلة والمنزل: اسم لما يشمل البناء والعرصة التي هي الأرض. [تتائج الأفكار ٤٩٥/٨]
حرمة: أي خالصة لله تعالى، ووقف الخليل عليه السلام موضع الحرم. (البنية) محترمة: أي لها حرمة عظيمة، وقد
حرمها إبراهيم الخليل عليه السلام، وقال عليه السلام: "ألا إن مكة حرام منذ خلق الله السماوات والأرض. الحديث. (البنية)
لا ينفر: أي لا يزعم من موضعه، ولا يخوف. (البنية) ملك الباني: فيجوز بيعه كمن غرس شجرة في
أرض الحرم، أو في أرض الوقف أو في طريق العامة: يجوز بيعه. [البنية ٢٦٠/١١]
السوائب: جمع سائبة الناقة التي كانت تسبب في الجاهلية لنذر ونحوه. [لسان العرب ٣١٥/٧]

* أخرج الحاكم في "المستدرک" في البيوع، وكذلك الدار قطني في "سننه" عن إسماعيل بن مهاجر عن أبيه،
وقال الدار قطني: إسماعيل بن مهاجر ضعيف. [نصب الراية ٢٦٥/٤] أخرجه الحاكم في "المستدرک" عن
عبد الله بن عمرو، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مكة مناخ لا يباع رباؤها، ولا يواجر بيوتها". وقال
الحاكم: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. [٥٣/٢، في البيوع] لكن لا ضرر، فإن الضعيف يصلح
شاهداً، وأخرجناه نحن للاستشهاد لا للاحتجاج. [إعلاء السنن ٤٤١/١٧]

** غريب بهذا اللفظ. [نصب الراية ٢٦٦/٤] وروى محمد بن الحسن في "كتاب الآثار" أخبرنا أبو حنيفة
عن عبيد الله بن أبي زياد عن أبي نجيع عن عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من أكل من أجور بيوت
مكة، فإنما يأكل النار". [رقم ٢٤٣، باب بيوت مكة وأجرها]

ومن استغنى عنها أسكن غيره.* ^{واضع الدرهم} ومن وضع درهماً عند بقال يأخذ منه ما شاء: يكره له ذلك؛ لأنه ملكه قرضاً جرَّ به نفعاً، وهو أن يأخذ منه ما شاء حالاً فحالاً، ونهى رسول الله ﷺ عن قرض جرَّ نفعاً،** وينبغي أن يستودعه، ثم يأخذ منه ما شاء جزءاً فجزءاً؛ لأنه وديعة، وليس بقرض، حتى لو هلك لا شيء على الآخذ، والله أعلم.

ومن وضع إلخ: ومعنى المسألة: أن رجلاً فقيراً له درهم يخاف لو كان في يده يهلك، أو يصرف إلى حاجة، لكن حاجته إلى المعاملة مع البقال أمس من غيرها، كما في شراء التوابل: الملح والكبريت وليس له فلوس حتى يشتري بها ما سنحت له من الحاجة كل ساعة، فيعطي الدرهم البقال؛ لأن يأخذ منه ما يحتاج إليه مما ذكرنا بحسابه جزءاً فجزءاً حتى يستوفي ما يقابل الدرهم، وهذا الفعل منه مكروه؛ لأن حاصل هذا الفعل راجع إلا أن يكون قرضاً فيه جرَّ نفع وهو مكروه، وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءاً فجزءاً؛ لأنه وديعة وليس بقرض، حتى لو هلك لا شيء على الآخذ. [الكفاية ٤٩٥/٨ - ٤٩٦]

بقال: البقال: هو الذي يبيع توابل الطعام وغيرها، وهذا في اصطلاح تلك البلاد، وأهل الشام يسمونه الفامي، وأهل مصر الزيات. (البنية) يأخذ منه إلخ: خارجاً مخرج الشرط يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ما شاء، وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئاً فهو وديعة إن هلك لم يضمن البقال شيئاً. [العناية ٤٩٥/٨] لأنه ملكه: أي لأن واضع الدرهم ملك البقال ذلك الدرهم من حيث القرض. [البنية ٢٦٢/١١ - ٢٦٣]

*رواه ابن ماجه في "سننه" في "الحج" حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة عن عيسى بن يونس عن عمر بن سعيد بن أبي حسين عن عثمان بن أبي سليمان عن علقمة بن نضلة قال: "توفي رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وما تُدعى رباة مكة إلا السوائب من احتاج سكن، ومن استغنى أسكن". [رقم: ٣١٠٧، باب أجرة بيوت مكة] **مر الحديث في آخر كتاب الحوالة.

مسائل متفرقة

قال: ويكره التعشير والنقط في المصحف؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه:
 "جرّدوا القرآن، ويروى: "جرّدوا المصاحف"،* وفي التعشير والنقط تركُّ
 التجريد، ولأن التعشير يخل بحفظ الآي، والنقط بحفظ الإعراب اعتماداً عليه،
 فيكره، قالوا: في زماننا لا بد للعجم من دلالة، فترك ذلك إخلالاً بالحفظ، وهجران
 القرآن، فيكون حسناً. قال: ولا بأس بتحلية المصحف؛ لما فيه من تعظيمه القرآن وصار
 كنقش المسجد، وتزيينه بماء الذهب، وقد ذكرناه من قبل. قال: ولا بأس بأن
 يدخل أهل الذمة المسجد الحرام، وقال الشافعي رحمته: يكره ذلك، وقال مالك رحمته:
 يكره في كل مسجد،

ويكره التعشير: التعشير جعل العواشر في المصحف، وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات. (العناية)
 جردوا القرآن: فقليل: المراد: نقط المصاحف، فيكون دليلاً على كراهة نقط المصاحف، وقيل: هو أمر
 بتعلم القرآن وحده، وترك الأحاديث، وقالوا: هذا باطل، وقيل: هو حث على أن لا يتعلم شيء من
 كتب الله غير القرآن؛ لأن غيره إنما يؤخذ من اليهود والنصارى، وليسوا بمؤمنين عليها. [العناية ٤٩٦/٨]
 لا بد للعجم: لأن العجم لا يمكنهم التعليم والتلاوة إلا بالنقط، وعلى هذا كتبه أسامي السور وعدد
 الآي، فهو وإن كان إحداثاً، فهو بدعة حسنة، وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان كذا ذكره
 الإمام الترمذاني رحمته. [الكفاية ٤٩٧/٨] من قبل: أي في كتاب الصلاة قبل باب صلاة الوتر. (البنية)
 كل مسجد: يعني سواء كان في المسجد الحرام أو غيره. [البنية ٢٦٩/١١]

* رواه ابن أبي شيبة في فضائل القرآن حدثنا وكيع عن سفيان عن الأعمش عن إبراهيم قال: قال عبد الله:
 "جرّدوا القرآن". [١٠/٥٥٠، باب من قال جردوا القرآن]

للشافعي رحمته: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ﴾، ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة؛ لأنه لا يغتسل اغتسالاً يخرج عنه، والجُنْبُ يُجَنَّبُ المسجد، وبهذا يحتج مالك، والتعليل بالنجاسة عام، فينتظم المساجد كلها. ولنا: ما روي: "أن النبي عليه السلام أنزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفّار"،* ولأن الخَبَثَ في اعتقادهم، فلا يؤدي إلى تلويث المسجد، والآية محمولة على الحضور استيلاءً واستعلاءً، أو طائفين عراً، كما كانت عادتهم في الجاهلية. قال: ويكره استخدام الخصيان؛ القدوري

بعد عامهم: أي بعد حج عامهم هذا، وهو عام تسع من الهجرة، كذا في "الكشاف"، ومذهب الشافعي رحمته ظاهر؛ لأن ظاهر الآية يدل على النهي لهم من أن يقربوا المسجد الحرام لا غير، والشافعي رحمته أخذ بقول الزهري رحمته، هكذا قال الفقيه أبو الليث. (البنية) عن جنابة: لأنه لا يراعي الكيفية المسنونة، ولا يزال جنباً. [البنية ٢٦٩/١١] والتعليل بالنجاسة إلخ: يعني علل بأن المشرك إنما ينجب عن المسجد الحرام؛ لكونه نجساً، فلا تفصيل بين مسجد ومسجد. [الكفاية ٤٩٧/٨]

تلويث المسجد: ولا تلويث ههنا؛ لأن المنهي عنه تلويث المسجد. (البنية) على الحضور إلخ: هذا جواب عما استدل به الشافعي رحمته من الآية المذكورة، فأجاب عنه بجوابين: الأول: أن الآية محمولة على منعهم أن يدخلوها مستولين عليها، ومستعلين على أهل الإسلام من حيث التدبير، والقيام بعمارة المسجد؛ لأن قبل الفتح كانت الولاية والاستعلاء لهم ولم يبق ذلك بعد الفتح. [البنية ٢٧١/١١]

* أخرجه أبوداود في "سننه" في "كتاب الخراج" في باب خبر الطائف عن حماد بن سلمة عن حميد عن الحسن بن عثمان بن أبي العاص أن وفد ثقيف لما قدموا على النبي ﷺ أنزلهم المسجد ليكون أرق لقلوبهم، فاشترطوا عليه أن لا يحشروا ولا يُعشروا ولا يُجَبَّوا، فقال ﷺ: "لكم أن لا تحشروا ولا تُعشروا، ولا خير في دين ليس فيه ركوع". [رقم: ٣٠٢٦، باب ما جاء في خبر الطائف]

لأن الرغبة في استخدامهم حثُّ الناس على هذا الصنيع، وهو مثلة محرمة. قال: في الدين بالحديث القدوري
ولا بأس بإخصاء البهائم، وإنزاء الحمير على الخيل؛ لأن في الأول منفعة للبهيمة والناس،
وقد صح: "أن النبي ﷺ ركب البغلة"،* فلو كان هذا الفعل حراماً لما ركبها؛ لما فيه
من فتح بابه. قال: ولا بأس بعبادة اليهودي والنصراني؛ لأنه نوع برٍّ في حقهم،
عبادتهم

حث الناس إلخ: أي على الإخصاء، وقال أبو حنيفة رحمته: لولا استخدام الناس إياهم لما أخصاهم الذين
يخصوهم، وقال الشافعي رحمته في الأجناس عن كتاب الحجة محمد بن الحسن رحمته على أهل المدينة: قال
محمد رحمته: لا بأس باقتناء الخصيان وأن يدخلوهم على النساء ما لم يبلغوا الخبث، واقتناء الواحد والكثير
سواء، وفسره الناطفي رحمته في واقعاته بخمسة عشر سنة. (البنية) وهو مثلة: أي وهذا الصنيع مثلة، وهي
حرام بالإجماع؛ بقوله ﷺ: "لا خصاء في الإسلام"، وإليه ذهب بعض المفسرين في قوله سبحانه وتعالى:
﴿فَلْيَعْبُدُوا اللَّهَ﴾ كذا في "الكشاف" وغيره. [البنية ٢٧٢/١١]

ولا بأس بإخصاء: اعلم أن خصاء البهائم إذا كان لإرادة صلاحها: فهو مباح في قول عامة العلماء،
وقال قوم: لا يحل خصاء البهائم من الفحول. (البنية) منفعة للبهيمة إلخ: أراد بالأول: خصاء البهائم،
ومنفعة البهائم تسمينها، ومنفعة الناس إزالة جماحها وشماسها. [البنية ٢٧٣/١١] هذا الفعل: أي إنزاء
الحمير على الخيل. (البنية) بعبادة اليهودي إلخ: قيد باليهودي والنصراني؛ لأن في عبادة المجوسي اختلافاً
قليل: لا بأس به؛ لأنهم من أهل الذمة، كاليهود والنصارى، ونص محمد ﷺ في المجوسي على أنه لا بأس
بعبادته، وقيل: لا يجوز؛ لأن المجوس أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى. [البنية ٢٧٥/١١]

* أخرجه البخاري ومسلم في الجهاد عن أبي إسحاق. [نصب الراية ٢٧٠/٤] أخرجه البخاري في
"صحيحه" عن أبي إسحاق قال: قال رجل للبراء بن عازب رضي الله عنه: أفررتم عن رسول الله ﷺ يوم حنين؟
قال: لكن رسول الله ﷺ لم يفر، إن هوازن كانوا قوماً رماةً وإنا لما لقيناهم حملنا عليهم فانهمزوا، فأقبل
المسلمون على الغنائم واستقبلونا بالسهم، فأما رسول الله ﷺ فلم يفر فلقد رأيته وأنه لعلى بغلته البيضاء،
وإن أبا سفيان أخذ بلجامها، والنبي ﷺ يقول: "أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب". [رقم: ٢٨٦٤،
باب من قاد دابة غيره في الحجر]

وما نهيينا عن ذلك، وقد صح أن النبي ﷺ عاد يهودياً مرض بجواره. * قال: ويكره
 أن يقول الرجل في دعائه: أسألك بمَعْقِدِ الْعِزِّ من عرشك، وللمسألة عبارتان: هذه
 ومقعد العز، ولا ريب في كراهية الثانية؛ لأنه من القعود، وكذا الأولى؛ لأنه يوهم
 تعلق عزه بالعرش، وهو محدث، والله تعالى بجميع صفاته قديم، وعن أبي يوسف رحمه الله:
 أنه لا بأس به، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله؛ لأنه مأثور عن النبي ﷺ، روي أنه
 كان من دعائه: "اللهم إني أسألك بمقعد العز من عرشك، ومنتهى الرحمة من
 كتابك، وباسمك الأعظم، وجدك الأعلى، وكلماتك التامة"، **

من القعود: وهو التمكن على العرش، وذلك قول المجسمة وهو باطل. (البنية) لأنه يوهم: فالأولى في تقرير
 الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافي: لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش، وأن عزه حادث، والعز صفة القديمة،
 حيث جعل لزوم كون عزه حادثاً داخلاً في حيز الإيهام. [نتائج الأفكار ٤٩٨/٨] وبه أخذ الفقيه إرخ: أي وبما
 روي عن أبي يوسف رحمه الله أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله نص عليه في شرح "الجامع الصغير". [البنية ٢٧٨/١١]

* أخرجه البخاري في "صحيحه" في الجنائز عن حماد بن زيد عن ثابت عن أنس قال: كان غلام يهودي
 يخدم النبي ﷺ فمرض فأتاه النبي ﷺ يعوده، فقعده عند رأسه، فقال له: أسلم فنظر إلى أبيه وهو عنده،
 فقال له: أطع أبا القاسم ﷺ فأسلم، فخرج النبي ﷺ وهو يقول: "الحمد لله الذي أنقذه من النار". [رقم:
 ١٣٥٦، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه]

** رواه البيهقي في "الدعوات الكبير" أخبرنا أبو طاهر الزيادة أنبأ أبو عثمان البصري ثنا أبو أحمد محمد بن
 عبد الوهاب ثنا عامر بن خدّاش ثنا عمر بن هارون البلخي عن ابن جريج عن داود بن أبي عاصم عن ابن
 مسعود عن النبي ﷺ قال: "اثنتا عشرة ركعة تصلين من ليل أو نهار، وتتشهد بين كل ركعتين، فإذا
 تشهدت في آخر صلاتك، فأتين على الله عز وجل، وصل على النبي ﷺ، واقرأ وأنت ساجد فاتحة الكتاب
 سبع مرات، وآية الكرسي سبع مرات، وقل: لا إله إلا الله وحده لا شريك له الملك وله الحمد، وهو على
 كل شيء قدير، عشر مرات، ثم قل: اللهم إني أسألك بمقعد العز من عرشك، ومنتهى الرحمة من كتابك، =

ولكننا نقول: هذا خبر واحد، وكان الاحتياط في الامتناع. ويكره أن يقول الرجل في دعائه: بحق فلان، أو بحق أنبيائك ورسلك؛ لأنه لا حق للمخلوق على الخالق. قال: ^{عند} ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر، وكل هوى؛ لأنه إن قامر بها، فالميسر حرام بالنص، وهو اسم لكل قمار، وإن لم يقامر بها، فهو عبث وهوى، وقال ^{وهو حرام} عليهما: "هو المؤمن باطل إلا الثلاث: تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه، وملاعبته مع أهله".*

بحق فلان إلخ: وكذا الحق والمشرع الحرام هذا مما توهم أن على الله حقاً للمخلوقين، وإن كانت عادة الناس جرت بذلك، وفي "الكافي": ولو قال رجل لغيره: بحق الله أو بالله أن تفعل كذا لا يجب على ذلك الغير أن يفعل ذلك شرعاً، وإن كان الأولى أن يأتي به. (البنية) والأربعة عشر: قيل: هو شيء يستعمله اليهود، ويجوز أن يراد به اللعب الذي يلعبه عوام الناس، وهو قطعة لوح يخط عليه أربعة عشر خطاً في العرض، وثلاثة خطوط في الطول، فيصير جملة العيون سبعين عيناً، ويرد في كل طرفه خمسة عشر حصاة، بالجملة ثلاثون حصاة، والقوم الذين يلعبون به فرقتان، كل فرقة من ناحية متقابلين، ويسمون هذا طاباً، وربما يسمى طاب ودك. [البنية ٢٨١/١١]

حرام بالنص: قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾. = واسمك الأعظم، وكلماتك الثامة، ثم سل حاجتك، ثم ارفع رأسك، ثم سلم يمناً وشمالاً، ولا تعلموها السفهاء، فإنهم يدعون بها فيستجاب. رواه ابن الجوزي في "الموضوعات"، وقال: هذا حديث موضوع بلا شك، وقد صح عن النبي ﷺ عن القراءة في السجود. [نصب الراية ٢٧٢/٤-٢٧٣]

* روي من حديث عقبة بن عامر الجهني، ومن حديث جابر بن عبد الله، ومن حديث أبي هريرة، ومن حديث عمر بن الخطاب. [نصب الراية ٢٧٣/٤] أخرجه أبو داود في "سننه" عن عقبة بن عامر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "إن الله عز وجل يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة: صانعه يحتسب في صنعته الخير، والرامي به وينبئه؛ وارموا واركبوا، وأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا، ليس من اللهو إلا ثلاث: تأديب الرجل فرسه وملاعبته أهله ورميه بقوسه ونبله، ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة عنه، فإنها نعمة تركها، أو قال: كفرها". [رقم: ٢٥١٣، باب الرمي]

وقال بعض الناس: يباح اللعب بالشطرنج؛ لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الإلهام، وهو محكي عن الشافعي رحمته الله. ولنا: قوله عليه السلام: "من لعب بالشطرنج والنرد شير فكأنما غمس يده في دم الخنزير"، * ولأنه نوع لعب يصد عن ذكر الله، وعن الجمع والجماعات، فيكون حراماً؛ لقوله عليه السلام: "ما أهلك عن ذكر الله فهو ميسر"، ** ثم إن قامر به تسقط عدالته، وإن لم يقامر لا تسقط؛ لأنه متأول فيه، وكره اللاعب بالشطرنج ولم لا تقبل شهادته أبو يوسف ومحمد رحمتهما الله التسليم عليهم؛ تحذيراً لهم، ولم ير أبو حنيفة رحمته الله به بأساً؛ ليشغلهم عما هم فيه. قال: ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر، وإجابة دعوته واستعارة دابته، وتكره كسوته الثوب أو هديته الدراهم والدنانير، وهذا استحسان، وفي القياس: كل ذلك باطل؛ لأنه تبرع، والعبد ليس من أهله. لعدم ملكه

لا تسقط: أي عدالته، فتقبل شهادته. [البنية ١١/٢٨٦] متأول فيه: أي في اللعب بالشطرنج؛ لأن الشافعي رحمته الله قال بإباحته. وهذا: أي جواز قبول هدية العبد التاجر، وإجابة دعوته، واستعارة دابته استحسان.

* غريب بهذا اللفظ، والحديث في مسلم وليس فيه ذكر الشطرنج. [نصب الراية ٤/٢٧٤] أخرج مسلم في "صحيحه" عن سليمان بن بريدة عن أبيه أن النبي عليه السلام قال: "من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير ودمه". [رقم ٢٢٦٠: ، باب تحريم اللعب بالنردشير] وروى البيهقي في "شعب الإيمان" في باب الحادي والأربعين، أخبرنا أبو الحصين بن بشران ثنا الحسين بن صفوان ثنا عبد الله بن أبي الدنيا ثنا علي بن الجعد ثنا أبو معاوية عن عبد الله عمر أنه قال للقاسم بن محمد: هذه النرد تكرهونها، فما بال الشطرنج، قال: "كل ما ألهى عن ذكر الله وعن الصلاة، فهو الميسر". [نصب الراية ٤/٢٧٥]

** غريب مرفوعاً، ورواه أحمد في كتاب الزهد من قول القاسم بن محمد، فقال: حدثنا ابن نمير ثنا حفص عن عبيد الله عن القاسم بن محمد قال: "كل ما ألهى عن ذكر الله وعن الصلاة، فهو ميسر". [نصب الراية ٤/٢٧٥]

وجه الاستحسان: أنه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبداً* وقبل هدية
بريرة رضي الله عنها، وكانت مكاتبة** وأجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد
وكان عبداً***
وفيه أبوذر الساعدي

أبي أسيد: أبو أسيد اسمه مالك بن ربيعة الساعدي الصحابي. [البنية ٢٩٧/١١]

* روي من حديث سلمان، ومن حديث بريدة. [نصب الراية ٢٧٥/٤] أخرجه الحاكم في المستدرک عن
زيد بن الحباب ثنا حسين بن واقد عن عبد الله بن بريده عن أبيه أن سلمان الفارسي لما قدم المدينة إني
رسول الله صلى الله عليه وسلم بمائدة عليها رطب، فقال له: ما هذا يا سلمان؟ قال: صدقة تصدقت بها عليك وعلى
أصحابك، قال: إنا لا نأكل الصدقة حتى إذا كان من الغد جاء بمثلها فوضعها بين يديه، فقال: يا سلمان
ما هذا؟ قال: هدية، فقال: كلوا وأكل، ونظر إلى الخاتم في ظهره، ثم قال له: لمن أنت قال: لقوم، قال:
فاطلب إليهم أن يكاتبوك على كذا وكذا نخلة أغرسها لهم وتقوم عليها أنت حتى تظعن، قال: ففعلوا،
فجاء النبي صلى الله عليه وسلم فغرس ذلك النخل كلها بيده، وغرس عمر منها نخلة فأثمرت كلها في السنة إلا تلك
النخلة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من غرس هذه، فقالوا: عمر فغرسها رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده، فحملت من
سنتها. قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم. [١٦/٢، في البيوع]

** حديث بريرة في الكتب الستة عن عائشة. [نصب الراية ٢٨١/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عائشة رضي الله عنها
قالت: "كان في بريرة ثلاث سنن عتقت فحيرت، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الولاء لمن أعتق، ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم
وبرمة على النار، فقرب إليه خبز وأدم من أدم البيت، فقال: "ألم أر البرمة؟" فقليل: لحم تصدق به على
بريرة، وأنت لا تأكل الصدقة، قال: "هو عليها صدقة ولنا هدية". [رقم: ٥٠٩٧، باب الحرة تحت العبد]

*** غريب، والمصنف استدل به على جواز إجابة العبد، وفيه حديث مرفوع أخرجه الترمذي في الجنائز،
وابن ماجه في الزهد. [نصب الراية ٢٨٢/٤] أخرجه الترمذي في "جامعه" عن مسلم الأعور عن أنس بن
مالك قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعود المريض، ويشهد الجنائز، ويركب الحمار، ويجب دعوة العبد، وكان
يوم بني قريظة على حمار مخطوم بحبل من ليف عليه إكاف من ليف، قال أبو عيسى: هذا حديث لا نعرفه إلا
من حديث مسلم عن أنس، ومسلم الأعور يضعف. [رقم: ١٠١٧، باب بعد باب ما جاء في قتلى أحد]
وأخرجه الحاكم في "المستدرک" في الأطعمة، وقال: حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. [٤٦٦/٢]

ولأن في هذه الأشياء ضرورة لا يجد التاجر بدأ منها، ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته، ولا ضرورة في الكسوة، وإهداء الدراهم، فبقي على أصل القياس. ^{ولو أزمه} ^{أي تملك الثوب} ^{والدنانير} قال: ومن كان في يده لقيط لا أب له، فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له، وأصل ^{محمد} هذا: أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة: نوع: هو من باب الولاية لا يملكه إلا من ^{هذا الحكم} هو ولي كالإكناح والشراء والبيع لأموال القنية؛ لأن الولي هو الذي قام مقامه بإنبابة الشرع، ونوع آخر: ما كان من ضرورة حال الصغار، وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه، وإجارة الأظآر، وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم ^{كالطعام والكسوة} والأم والملتقط إذا كان في حجرهم، وإذا ملك هؤلاء هذا النوع، فالولي أولى به، ^{أخذ اللقيط} ^{الثاني}

هذه الأشياء: الهدية والضيافة وغيرهما. لا يجد التاجر إلخ: لأن من فتح دكاناً للتجارة يجتمع عنده جمع من الناس، فلا يخلو من أن يطلب أحد منهم شربة ماء، أو نحوه، فلو امتنع ينسب إلى البخل، فلا يختلفون إليه، فينسب باب التجارة، فصار هذا من ضروراته. [الكفاية ٤٩٨/٨] لقيط: اللقيط لغة: ما يرفع من الأرض فعيل بمعنى مفعول، وشرعاً: مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من التهمة. لا أب له: في "النهاية": اعلم أن قوله "لا أب له" ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم؛ لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج وهي عنده يعولها، ولها أب، فوجب لها، أنها لو قبضت وقبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز. [الكفاية ٤٩٩/٨] لأموال القنية: وهي أصل إبل للنسل لا للتجارة. [البنية ٢٩٩/١١] وإجارة الأظآر: قال الأتراري رحمته: وفي بعض النسخ: وإجارة الصغار والنسخة الأولى هي الصحيحة؛ لأن إجارة الصغار ليست من ضرورات حال الصغار لا محالة، ولهذا لم يذكرها الصدر الشهيد وفخر الدين قاضي خان رحمتهما في شرحيهما، وأما إجارة الأظآر فمن ضرورات حال الصغار، كسراً ما لا بد للصغير منه كالطعام والكسوة، وأيضاً يلزم حينئذ التناقض على رواية الجامع الصغير؛ لأنه صرح فيه أن الملتقط: لا يجوز أن يؤاجر الملتقط، نعم على رواية القدوري رحمته يجوز ذلك؛ لتثقيف الصبي، وحفظه عن الضياع. [البنية ٢٩٩/١١ - ٣٠٠]

إلا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره. ونوع ثالث: ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض، فهذا يملكه الملتقط، والأخ والعم والصبي بنفسه إذا كان يعقل؛ لأن اللائق بالحكمة فتح باب مثله؛ نظراً للصبي، فيملك بالعقل والولاية ^{للمن يعوله} والحجر، وصار بمنزلة الإنفاق. قال: ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره، ويجوز للأم أن تؤاجر ابنها إذا كان في حجرها، ولا يجوز للعم؛ لأن الأم تملك إتلاف منفعه باستخدامه، ولا كذلك للملتقط والعم. ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز؛ لأنه مشوب بالضرر، إلا إذا فرغ من العمل؛ لأن عند ذلك تمحض نفعاً، لا يلزم الإجارة ^{مخلوط} فيجيب المسمى، وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه قد ذكرناه. قال: ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية، ^{على المستاجر}

الصبي في حجره: بخلاف الأخ والعم والأم والملتقط، فإنه يشترط أن يكون الصغير في حجرهم كما ذكره. [البنية ٣٠٠/١١] ونوع ثالث: ونوع رابع: وهو ضرر محض كالطلاق والعنق، فلا يملكه عليه أحد. فتح باب إلخ: أي لأنه لما كان نفعاً محضاً كان تحقق معناه في فتح باب الإصابة من كل وجه من وجه الولاية، ومن وجه العول والنفقة، ومن جهة العقل والتمييز. (العناية) ولا يجوز للعم: يعني وإن كان في حجره. [العناية ٤٩٩/٨ - ٥٠٠] باستخدامه: أي من غير عوض فلأن تملك بعوض كان أولى. (البنية) لا يجوز: لأن عقد الصبي إنما يصح فيما هو نفع محض، وليس في لزوم العقد منفعة خالصة؛ لأنه مشوب بالضرر. نظير العبد إلخ: أي الصبي الذي يؤاجر نفسه نظير العبد المحجور الذي يؤاجر نفسه حيث لا يجوز؛ لانعدام الإذن وقيام الحجر، ومع هذا لو آجر نفسه وفرغ من العمل صح استحساناً؛ لأنه انقلب نفعاً محضاً. (البنية) قد ذكرناه: في باب إجارة العبد. [البنية ٣٠٢/١١] ويكره: هذا كان في زمانهم عند قلة الإباق، وأما في زماننا، فلا بأس به؛ لغلبة الإباق خصوصاً في الهنود كذا ذكره الإمام قاضي خان ^{رحمته الله}. [الكفاية ٥٠٠/٨] الراية: بالراء المهملة: وهو ما يجعل في عنق العبد من الحديد علامة على أنه أبق. [البنية ٣٠٢/١١]

ويروى: الداية، وهو طوق الحديد الذي يمنعه من أن يحرك رأسه، وهو معتاد بين الظلمة؛ لأنه عقوبة أهل النار فيكوه كالإحداق بالنار ولا يكره أن يقيد به. لأنه سنة المسلمين في السفهاء، وأهل الدعارة فلا يكره في العبد؛ تحرزاً وصيانة لما له. قال: ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي؛ لأن التداوي مباح بالإجماع، وقد ورد ^{عمد} بإباحته الحديث.* ولا فرق بين الرجال والنساء، إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها؛ لأن الاستشفاء بالمحرم حرام.

الداية: بالدال المهملة، قال الشراح: هذا غلط من الكاتب، قلت: يتأتى غلط الكاتب في نفس حرف الداية، بأن صحف الراء دالاً، وأما قوله: "ويروى" كيف يزيله من عنده، وبعضهم قد صحح هذه اللفظة. [البناء ١١/٣٠٢] التداوي: قيد به؛ لأنه لو أريد به التسمين لا يباح له. [الكفاية ٨/٥٠٠] مباح بالإجماع: والأمر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الأسباب، ثم التوكل بعده على الله دون الأسباب، قال الله تعالى لمريم: ﴿وَهَئِذَا إِلَيْكَ بِجِذْعِ النَّخْلَةِ﴾ مع قدرته على أن يرزقها من غير هزّ كذا ذكره فخر الإسلام. [العناية ٨/٥٠٠] لا ينبغي: وفي "التهذيب": يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوي إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاؤه فيه، ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه، وإن قال الطبيب: يتعجل شفاؤك به فيه وجهان. [الكفاية ٨/٥٠٠-٥٠١]

الاستشفاء بالمحرم إلخ: قيل: إذا لم يعلم أن فيه شفاء، فإن علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره: يجوز له الاستشفاء به، ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم، يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم؛ لأنه يستغني بالحلال عن الحرام، ويجوز أن يقال: تنكشف الحرمة عند الحاجة، فلا يكون الشفاء بالحرام، وإنما يكون بالحلال. [العناية ٨/٥٠٠]

* يشير إلى حديث: "تداووا فإن الله جعل لكل داء دواء"، وقد روي من حديث أسامة بن شريك، ومن حديث أبي الدرداء، ومن حديث أنس، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث ابن مسعود، وأبي هريرة. [نصب الراية ٤/٢٨٣] أخرج الترمذي في "جامعه" عن زياد بن علاقة عن أسامة بن شريك قال: أتيت النبي ﷺ وأصحابه كأنما على رؤوسهم الطير، فسلمت ثم قعدت، فجاء الأعراب من ههنا، وههنا فقالوا: يا رسول الله أنتداوي؟ فقال: "تداووا، فإن الله عز وجل لم يضع داءً إلا وضع له دواءً غير داء واحد: الهرم". قال أبو عيسى: حديث حسن صحيح. [رقم: ٢٠٣٨، باب ما جاء في الدواء والحث عليه]

قال: ولا بأس برزق القاضي؛ لأنه عليه السلام بعث عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له* وبعث علياً إلى اليمن وفرض له؛** ولأنه محبوسٌ لحقّ المسلمين، فتكون نفقته في مالهم، وهو مال بيت المال؛ وهذا لأن الحبس من أسباب النفقة،
الجواز

ولا بأس برزق إلخ: إذا قلد السلطان رجلاً القضاء لا بأس أن يعين له رزقاً بطريق الكفاية لا أن يشترط ذلك في ابتداء التقليد. [العناية ٥٠١/٨] وفرض له: أي فرض أربعين أوقية في السنة، والأوقية بالتشديد: أربعون درهماً، وتكلموا أنه عليه السلام من أي مال رزقه، ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال، فإن الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه. [الكفاية ٥٠١/٨] مال بيت المال: قالوا: هذا إذا كان مال بيت المال حلالاً، فأما إذا كان حراماً جمع بباطل لم يحل أخذه بحال؛ لأن سبل الحرام والغصب رده إلى أهله، وليس ذلك بمال عامة المسلمين. (البنية) وهذا: أي كون نفقته منه بحسبه لمصالح المسلمين. [البنية ٣١٠/١١]

* غريب. [نصب الراية ٢٨٦/٤] وروى الحاكم في "المستدرک" من طريق إبراهيم الحربي ثنا مصعب بن عبد الله الزبيدي قال: استعمل رسول الله ﷺ عتاب بن أسيد على مكة، وتوفي رسول الله ﷺ وهو عامله عليها، ومات عتاب بمكة في جمادى الآخرة سنة ثلاثة عشرة، ثم أسند إلى عمرو بن أبي عقرب، قال: سمعت عتاب بن أسيد - وهو مسند ظهره إلى الكعبة - يقول: والله ما أصبت في عملي هذا الذي ولاني رسول الله ﷺ إلا ثوبين معقدين، فكسوتهما مولاي. [٥٩٥/٣، في مناقب عتاب بن أسيد الأموي] فإن قلت: قال الذهبي في "مختصره": لم يصح هذا، قلت: روى البيهقي في "سننه" من حديث إسحاق بن أبي حسين الرقي، وينبغي أن لا يشك في صحة هذا. [البنية ٣٠٨/١١]

** بعثه ﷺ علياً إلى اليمن صحيح، وأما فرضه له فلم يثبت عند أهل النقل، ولكن الكلام فيه كالكلام في قصة عتاب بن أسيد، أما بعثه فقد رواه أبوداود عن شريك عن سماك عن حسن عن علي رضي الله عنه قال بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله ﷺ ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء، فقال: إن الله يستهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يبين لك القضاء فما زلت قاضياً أو ما شككت في القضاء بعد. [البنية ٣١٠/١١]

كما في الوصي، والمضارب إذا ما سافر بمال المضاربة، وهذا فيما يكون كفاية،
 فإن كان شرطاً، فهو حرام؛ لأنه استئجار على الطاعة؛ إذ القضاء طاعة، بل هو
 أفضلها، ثم القاضي إذا كان فقيراً فالأفضل، بل الواجب الأخذ؛ لأنه لا يمكن إقامة
 فرض القضاء إلا به؛ إذ الاشتغال بالكسب يقعه عن إقامته. وإن كان غنياً،
 فالأفضل الامتناع على ما قيل؛ رفقاً ببيت المال، وقيل: الأخذ - وهو الأصح -
 صيانة للقضاء عن الهوان، ونظراً لمن يؤلى بعده من المحتاجين؛ لأنه إذا انقطع زماناً
 يتعذر إعادته. ثم تسميته رزقاً يدل على أنه بقدر الكفاية، وقد جرى الرسم بإعطائه
 في أول السنة؛ لأن الخراج يؤخذ في أول السنة، وهو يعطى منه، وفي زماننا الخراج
 يؤخذ في آخر السنة، والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية، هو الصحيح، ولو
 استوفى رزق سنة، وعُزل قبل استكمالها،
 مستقبلة السنة

الوصي والمضارب: لأهما بحسان أنفسهما بمال اليتيم ومال رب المال، وكذلك نفقة المرأة سواء
 كانت في العصمة أو العدة؛ لأنها محبوسة بحق الزوج. [البنية ٣١٠/١١] يكون كفاية: يعني إذا أخذ
 القاضي رزقه على وجه الكفاية، بأن تقلد القضاء ابتداءً من غير شرط، ثم رزقه الوالي كفاية؛ لاحتباسه
 بالقضاء عن الكسب، أما إذا أخذ على الشرط بأن قال في ابتداء القضاء: إنما أقبل القضاء أن يرزقني
 الوالي كذا في كل شهر، أو في كل سنة بمقابلة قضائي بين الناس، وإلا فلا أقبل، فهو باطل؛ لأنه
 استئجار على الطاعة فلا يجوز. [الكفاية ٥٠١/٨ - ٥٠٢]

يتعذر: لأن متولي أمور بيت المال يحتاج عليه بعدم جري العادة فيه منذ زمان، فيتضرر القاضي
 الفقير. (البنية) بقدر الكفاية: له ولعِياله، ولا يعطى أكثر من الكفاية؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ
 فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، وإن كان نزولها في وصي اليتيم لكون الوصي على اليتيم حابساً نفسه، لكن
 الحكم كذلك لكل من يعمل بطريق الحسبة. [البنية ٣١٢/١١] ولو استوفى: أي القاضي في أول السنة.

قيل: هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة، والأصح أنه يجب الردُّ. قال: ولا بأس بأن تسافر الأمة وأُمُّ الولدِ بغير محرم؛ لأن الأجنب في حق الإماماء - فيما يرجع إلى النظر، والمس - بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل، وأُمُّ الولد أمةٌ لقيام الملك فيها، وإن امتنع بيعها، والله أعلم بالصواب. في حق الحرائر لاستحقاق الحرية

اختلاف معروف: يعني على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة ما بقي من السنة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: لا يجب. (العناية) في نفقة الخ: حيث يجب رد ما بقي من السنة عند محمد خلافاً لأبي يوسف، وإليه أشار الخصاص في نفقاته، فكذلك يجب على القاضي رد ما بقي من السنة عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، وكذا الكلام في موت القاضي في أثناء السنة. [البنية ٣١٣/١١] ولا بأس بأن الخ: قيل: هذا كان في الابتداء، أما الآن، فيكره ذلك لغلبة أهل الفسوق. (العناية) ما ذكرنا الخ: إشارة إلى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله: وأما الخلوة بها والمسافرة، فقد قيل: يباح كما في المحارم. [العناية ٥٠٢/٨]

كتاب إحياء الموات

قال: الموات ما لا يُنتفع به من الأراضي؛ لانقطاع الماء عنه، أو لغلبة الماء عليه،
أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة، سمي بذلك لبطلان الانتفاع به. قال: فما كان منها
عادياً لا مالك له، أو كان مملوكاً في الإسلام لا يُعرف له مالك بعينه، وهو بعيد من
القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر، فصاح لا يسمع الصوت فيه: فهو
موات، قال رضي الله عنه: هكذا ذكره القدوري، ومعنى العادي: ما قَلَّمَ خرابه. والمروي عن
محمد رضي الله عنه: أنه يُشترط أن لا يكون مملوكاً لمسلم أو ذميٍّ مع انقطاع الارتفاق بها؛
الانتفاع الأرض

كتاب: مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن في مسائل هذا الكتاب ما يكره
وما لا يكره. (العناية) إحياء الموات: مشروعيته بقوله رضي الله عنه: "من أحيا أرضاً ميتة فهي له"، وسببه: تعلق
البقاء المقدور كما مر غير مرة، وحكمه: تملك المحي ما أحياه. [العناية ٢/٩] ما لا ينتفع: قوله: الموات ما
لا ينتفع به، وهو المعنى اللغوي، وقوله: من الأراضي إنما زيد إشارة إلى معناه الشرعي، وأشار إلى علة عدم
الانتفاع به. [البناءة ٣١٤/١١] أشبه ذلك: بأن صارت سبعة أو غلبت الرمال عليها، فهذا تحديد لغوي،
ويزيد عليه في الشرع أشياء بياها في قوله: فما كان منها عادياً إلخ. [الكفاية ٢/٩]
أو كان مملوكاً: هذا قول بعض المشايخ رضي الله عنهم، وقال بعضهم: الأراضي المملوكة إذا انقرض أهلها، فهي
كاللقطة. [العناية ٢/٩-٣] بحيث إذا وقف إلخ: هذا تفسير لقوله: وهو بعيد من القرية، هكذا روي عن
أبي يوسف رضي الله عنه، فالحد الفاصل بين القريب والبعيد على ما روي عنه: أن يقوم رجل جهوري الصوت
أقصى العمرانات على مكان عالٍ، فينادي بأعلى صوته، فالوضع الذي يسمع منه صوته يكون قريباً منه،
وإذا كان لا يسمع صوته منه يكون بعيداً من العمرانات فهو موات. [البناءة ٣١٦/١١]
قدم خرابه: يعني أن لا يكون منسوباً إلى عاد كما هو مقتضاه، وفي "المبسوط": قال رسول الله ﷺ إن
عادي الأرض لله وللرسول، فمن أحيا أرضاً ميتة فهي له، والمراد منه: الموات من الأرض سماها عادياً على
أنها خربت على عهد عاد، وفي العادات الظاهرة ما يوصف بطول مضي الزمان عليه ينسب إلى عاد،
فمعناه ما تقدم خرابه فيما يعلم أنه لا حق لأحد فيه. [الكفاية ٣/٩]

ليكون ميتة مطلقاً، فأما التي هي مملوكة لمسلم أو ذمي لا تكون مواتاً، وإذا لم يُعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين، ولو ظهر له مالك يُردُّ عليه، ويضمن الزراعُ نقصانها، والبُعْدُ عن القرية على ما قال ^{القدوري} شَرَطَه أبو يوسف؛ لأن الظاهر أن ^{إن نقصت بالزراعة} ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه، فيدار الحكم عليه. ومحمد رحمته الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة، وإن كان قريباً من القرية كذا ذكره الإمام المعروف بـ "خواهر زاده"، وشمس الأئمة السرخسي رحمته الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمته الله. ثم مَنْ أحياه بإذن الإمام: مَلَكُهُ، وإن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: يملكه؛ لقوله عليه السلام: "مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ"،*

لتكون ميتة إلخ: يعني بشرط مدة الشروط؛ لتكون الأرض ميتة على الإطلاق؛ لأن النبي صلوات الله عليه ذكر الميتة على الإطلاق، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والكامل في المسمى: أن لا تكون الأرض مملوكة لأحد. (البنية) لجماعة المسلمين: كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثاً، فلا يكون لواحد أن يملك على التخصيص، فكذا هذا. (البنية) فيدار الحكم عليه: أي على القرب الذي هو دليل الارتفاق،... والحاصل أن عند أبي يوسف رحمته الله يدار الحكم على القريب والبعيد، وعند محمد رحمته الله على حقيقة الارتفاق وعدمها، وبه قالت الثلاثة. [البنية ٣١٧/١١ - ٣١٨]

المعروف بـ "خواهر زاده": واسمه: محمد بن الحسين بن محمد بن الحسن البخاري المعروف بخواهر زاده، صاحب "المبسوط"، مات في الخامسة والعشرين من جمادى الآخرة سنة ثلاث وثمانين وأربعمائة. (البنية) من أحياه بإذن إلخ: فهذه أيضاً من مسائل "القدوري". [البنية ٣١٨/١١]

* روي من حديث عائشة رضي الله عنها، ومن حديث سعيد بن زيد، ومن حديث جابر، ومن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، ومن حديث فضالة بن عبيد، ومن حديث مروان بن الحكم، ومن حديث عمرو بن عوف، ومن حديث ابن عباس. [نصب الراية ٢٨٨/٤] أخرج البخاري في "صحيحه" عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلوات الله عليه قال: "من أعمار أرضاً ليست لأحد فهو أحق"، قال عروة: قضى به عمر رضي الله عنه في خلافته. [رقم: ٢٣٣٥، باب من أحيأ أرضاً مواتاً]

ولأنه مالٌ مباح سبقت يده إليه، فيملكه كما في الحطب والصيد. ولأبي حنيفة رحمته الله قوله عليه السلام: "ليس للمرء إلا ما طابت نفسُ إمامه به،" * وما روياه يحيى الصاحبان يحتمل أنه إذن لقوم لا نصبٌ لشرع، ولأنه مغنوم؛ لوصوله إلى يد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب، فليس لأحد أن يختص به بدون إذن الإمام كما في سائر الغنائم، ويجب فيه العشر؛ لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز، إلا إذا سقاه بماء الخراج؛

الحطب والصيد: يعني لو أخذ حطباً أو صيداً أو حشيشاً يملكه بدون إذن الإمام، وكذا لو وجد معدناً أو ركازاً في موضع لا حقٌّ لأحد فيه، فيكون له بدون إذنه. [البنية ٣٢١/١١] يحتمل أنه إذن: تقريره: أن المشروعات على نوعين: أحدهما نصب الشرع، والآخر إذن بالشرع، فالأول: كقوله عليه السلام: "من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف"، والآخر: كقوله عليه السلام: "من قتل قتيلاً فله سلبه" أي: للإمام أن يأذن للغازي بهذا القول، وكان ذلك منه عليه السلام إذناً لقوم معينين، فيجوز أن يكون قوله عليه السلام: "من أحيا أرضاً مواتاً فهي له" من ذلك القبيل، وحاصله: أن ذلك يحتمل التأويل، وما ذكره أبو حنيفة رحمته الله مفسر لا يقبله، فكان راجحاً، وفيه وجه آخر، وهو: أن قوله عليه السلام: "من أحيا أرضاً ميتة فهي له" يدل على السبب، فإن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على عليه المشتق منه لذلك الحكم، وليس فيه ما يمنع كونه مشروطاً بإذن الإمام، وقوله عليه السلام: "ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه" يدل على ذلك. [العناية ٤/٩]

ولأنه مغنوم: أي ولأن الموات مغنوم؛ لأنه كان في أيدي المشركين، ثم صار الركاب في أيدي المسلمين بإيجاف الخيل والركاب. (البنية) سائر الغنائم: يعني قبل القسمة، وفي بعض النسخ: كما في سائر المغنم. (البنية) ويجب فيه إلخ: ذكره تفريعاً على مسألة القدوري، أي يجب في الموات الذي أحياه وزرعه العشر. [البنية ٣٢٢/١١]

* رواه الطبراني، وفيه ضعف من حديث معاذ، وقد تقدم في كتاب السير. [نصب الراية ٢٩٠/٤] الأولى أن يستدل لأبي حنيفة رحمته الله بما أخرجه أبو يوسف رحمته الله في كتابه المسمى بالخراج عن ليث عن طاؤوس قال: قال رسول الله ﷺ: "عادي الأرض لله ولرسوله، ثم لكم من بعدي، فمن أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس للمحتجر حق بعد ثلاث سنين". [البنية ٣٢١/١١]

لأنه حينئذ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء، فلو أحيّاها ثم تركها فزرعها غيره،
فقد قيل: الثاني أحقّ بها؛ لأن الأول ملك استغلالها لا رقبته، فإذا تركها كان
الثاني أحقّ بها. والأصح: أن الأول ينزعها من الثاني؛ لأنه ملكها بالإحياء على
ما نطق به الحديث؛ إذ الإضافة فيه بلام التملك، وملكه لا يزول بالترك، ومن أحيّا أرضاً
ميتة، ثم أحاط الأحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب، فعن محمد رحمته
أن طريق الأول في الأرض الرابعة؛ لتعينها لتطرقه، وقصد الرابع إبطال حقه.
قال: ويملكه الذمي بالإحياء كما يملكه المسلم؛ لأن الإحياء سبب الملك، إلا أن عند
أبي حنيفة رحمته إذن الإمام من شرطه، فيستويان فيه كما في سائر أسباب الملك،
حتى الاستيلاء على أصلنا. قال: ومن حَجَرَ أرضاً، ولم يعمرها ثلاث سنين:
أخذها الإمام ودفعها إلى غيره؛ لأن الدفَع إلى الأول كان ليعمرها، فتحصل المنفعة
للمسلمين من حيث العشر أو الخراج، فإذا لم تحصل يدفع إلى غيره؛ تحصيلاً للمقصود،

فقد قيل إلخ: وهو قول الفقيه أبو القاسم أحمد بن محمد البلخي. (البنية) ما نطق به إلخ: أي من أحيّا أرضاً
ميتة فهي له. وملكه لا يزول إلخ: كمن أخرج داره أو عطل بستانه وتركه حتى مرت عليه سنين، فإنه
لا يخرج من ملكه. [البنية ١١/٣٢٤] لتعينها لتطرقه: لأنه حين سكنت عن الأول والثاني والثالث صار
الباقى طريقاً له، فإذا أحيّا الرابع فقد أحيا طريقه من حيث النفع، فيكون له فيه طريق. [الكفاية ٥/٥]
حتى الاستيلاء: أي حتى أن الكافر إذا استولى على مال المسلم يملكه على أصلنا. كما يملكه المسلم خلافه
للشافعي. [البنية ١١/٣٢٦] ومن حَجَرَ إلخ: قوله: حَجَرَ بتشديد الجيم. يجوز أن يكون من الحجر بفتح
الجيم، ويجوز أن يكون من الحجر بسكون. فعلى الأول: معناه نعم يوضع لأحجار حوله؛ لأنهم كان
يفعلون ذلك، وعلى الثاني معناه يمنع الغير من إحيائها؛ لأن الحجر في النفع، فكان التحجير مذهب
الإعلام على ما يشير إليه المنصف الآن. [البنية ١١/٣٢٦]

ولأن التحجير ليس بإحياء ليملكه به؛ لأن الإحياء إنما هو العمارة والتحجير الإعلام،
سمى به؛ لأنهم كانوا يُعلمونه بوضع الأحجار حوله، أو يعلمونه لحجر غيرهم عن
إحيائه، فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح. وإنما شرط ترك ثلاث سنين؛ لقول
عمر رضي الله عنه: "ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق"، * ولأنه إذا أعلمه لا بد من زمان
يرجع فيه إلى وطنه، وزمان يهيئ أموره فيه، ثم زمان يرجع فيه إلى ما يحجره، فقدّرناه
بثلاث سنين؛ لأن ما دونها من الساعات والأيام والشهور لا يفي بذلك، وإذا
لم يحضر بعد انقضائها، فالظاهر أنه تركها. قالوا: هذا كله ديانة، فأما إذا أحيّاها غيره
قبل مُضي هذه المدة: ملكها؛ لتحقيق الإحياء منه دون الأول، فصار كالاستيلاء،
ثلاث سنين المشايخ وهو الحجر في باب البيع

أو يعلمونه إلخ: أي أو يعلمون الموات بشيء آخر سوى الأحجار يمنع غيرهم. [الكفاية ٦/٩]
هو الصحيح: احترز عما روي عن بعض مشايخنا أنه يصير مملوكاً للحجر، ذكره في "المحيط"، وذكر
خواهر زاده أن التحجير ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين. [البنية ٣٢٧/١١] لا يفي بذلك: أي بما ذكرنا من
الرجوع إلى وطنه لتهيئ أمره إلى الزراعة، ورجوعه إلى ما يحجره؛ لأن دار الإسلام من أدناها إلى أقصاها
يقطع في سنة لعله إنما حجر في أقصى طرف دار الإسلام وبلده في الطرف الآخر من دار الإسلام،
ولإصلاح أموره في بلده سنة، وللرجوع إلى ذلك الموضع سنة، فلا ينبغي أن يشتغل بإحياء ذلك الموضع
غيره إلى ثلاث سنين. [البنية ٣٢٨/١١]

* رواه أبو يوسف في "كتاب الخراج" حدثنا الحسن بن عمارة عن الزهري عن سعيد بن المسيب، قال:
قال عمر رضي الله عنه: "من أحيّا أرضاً ميتة فهي له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين". والحسن بن عمارة
ضعيف وسعيد عن عمر فيه كلام. [نصب الراية ٢٩٠/٤] ورواه البيهقي في "سننه الكبرى" من حديث
معمر بن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب أن عمر رضي الله عنه جعل التحجير ثلاث سنين، فإن تركها حتى مضى
ثلاث سنين فأحيّاها غيره، فهو أحق بها. [البنية ٣٢٧/١١]

فإنه يكره، ولو فعل يجوز العقد. ثم التحجير قد يكون بغير الحجر، بأن غرز حولها
 أغصاناً يابسة، أو نقي الأرض، وأحرق ما فيها من الشوك، أو خَصَّد ما فيها من
 الحشيش، أو الشوك وجعلها حولها، وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة؛
 ليمنع الناس من الدخول، أو حفر من بئر ذراعاً، أو ذراعين، وفي الأخير ورد
 الخبر، ولو كَرَبَهَا وسقاها، فعن محمد رحمته الله: أنه إحياء، ولو فعل أحدهما يكون
 تحجيراً، ولو حفر أنهارها، ولم يسقها يكون تحجيراً، وإن كان سقاها مع حفر
 الأنهار كان إحياءً؛ لوجود الفعلين، ولو حوَّطها، أو سَنَمَهَا بحيث يعصم الماء
 يكون إحياءً؛ لأنه من جملة البناء، وكذا إذا بذرها. قال: ولا يجوز إحياء ما قُرب من
 العامر، ويُترك مرعى لأهل القرية ومطرحاً لخصائدهم؛ لتحقيق حاجتهم إليها حقيقة،
 أو دلالة على ما بيناه، فلا يكون مواتاً لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر،
 وعلى هذا قالوا: لا يجوز أن يُقَطع الإمام ما لا غنى بالمسلمين عنه،

أو خَصَّد: أي قطع، ومنه قوله سبحانه وتعالى: هَٰؤُلَاءِ سِدْرٌ مَّخْضُودٌ. [البنية ١١/٣٢٩] المسناة: هو ما
 بين السيل ليرد الماء. [العناية ٩/٦] أو سَنَمَهَا: أي أو جعل لها السنام مأخوذ من سنام البعير. (البنية)
 يعصم الماء: أي يحفظه من السيول إلى غيرها. [البنية ١١/٣٣٠] لخصائدهم: وهو جمع حصيد وحصيدة،
 وهما الزرع المحصود، ومطرح الخصائد: هو الموضوع الذي يلقي فيه الزرع المحصود للدَّوس. (البنية)
 ما بيناه: أراد به قوله: ومحمد اعتبر الارتفاق إلى آخره. [البنية ١١/٣٣١]

فلا يكون: ما قرب من العامر. (البنية) وعلى هذا: أي على ما ذكرنا من تعلق حق الناس قالت
 المشايخ. (البنية) أن يقطع: أي ما لا بد لهم منه يقال: أقطع السلطان رجلاً أيضاً إذا أعطاه إياها وخصصه
 بها. [البنية ١١/٣٣١]

كالمالح والآبار التي يستقي الناس منها؛ لما ذكرنا. قال: ^{القدوري} ومن حفر بئراً في بَرِّيَّة: فله حرمتها، ومعناه: إذا حفر في أرض موات بإذن الإمام عنده أو بإذنه، أو بغير إذنه عندهما؛ لأن حفر البئر إحياء. قال: فإن كانت للعطن: فحرمتها أربعون ذراعاً؛ لقوله ^{عليه السلام}: "من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً عطناً لماشيته"، *

لما ذكرنا: أشار به إلى قوله: فتعلق حقهم بها. (البنية) فله حرمتها: وحرم البئر نواحيها. (البنية) إحياء: لأنه يصير منتفعاً به، فإذا كان إحياء فقد ملكها، ومن ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته، والحریم من ضرورات الانتفاع بالبئر فيملكه. [البنية ٣٣٢/١١] فإن كانت للعطن إلخ: وهي التي ينزح الماء منها باليد، والعطن مناخ الإبل ومبركها حول الماء، وبئر الناضح هي التي ينزح الماء منها بالبعير، والنازح هو البعير، كذا في "الكفاية"، وفي "شرح الوقاية": بئر العطن البئر التي يناخ الإبل حولها ويسقى، وبئر النازح البئر التي يستخرج ماؤها بالبعير ونحوه. وفي (البنية): بئر العطن هي بئر الماشية التي يستقى الرجل منها لماشيته، ولا تسقى منها الزرع، وكل بئر يستقى منها الزرع والإبل فهي بئر النازح.

* روي من حديث عبد الله بن مغفل، ومن حديث أبي هريرة. [نصب الراية ٢٩١/٤] أخرجه ابن ماجه في "سننه" عن عبد الوهاب بن عطاء حدثنا إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عبد الله بن مغفل أن النبي ^{صلى الله عليه وسلم} قال: "من حفر بئراً فله أربعون ذراعاً عطناً لماشيته". [رقم: ٢٤٨٦، باب حرم البئر] فإن قلت: قال ابن الجوزي في "التحقيق": هذا ضعيف؛ لأن عبد الوهاب بن عطاء قال الرازي فيه: كان يكذب، وقال النسائي: متروك الحديث، قلت: قال في "التنقيح": هذا الذي فعله ابن الجوزي في هذا الحديث من أقبح الأشياء؛ لأن ابن ماجه أخرجه من رواية اثنين عن إسماعيل بن مسلم نذكره، وهو من رواية أحدهما، ثم أنه وهم فيه، فإن عبد الوهاب هذا وهو الخفاف مع أن الخفاف لم ينفرد به عن إسماعيل، فقد أخرجه ابن ماجه أيضاً عن محمد بن عبد الله بن المثنى عن إسماعيل، فإن قلت: قال صاحب "التنقيح": ويكفي في ضعف الحديث إسماعيل بن مسلم المكي، قلت: قد تابعه أشعث كما أخرجه الطبراني في "معجمه" عن أشعث عن الحسن عن عبد الله بن معقل عن النبي ^{صلى الله عليه وسلم} نحوه. [البنية ٣٣٣/١١]

ثم قيل: أربعون من كل الجوانب، والصحيح: أنه من كل جانب؛ لأن في الأراضي رخوة، ويتحول الماء إلى ما حُفِرَ دُونُهَا، وإن كانت للناضح: فحريمها ستون ذراعاً، وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة رحمته الله: أربعون ذراعاً. لهما: قوله عليه السلام: "حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً"،* ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يُسَيَّرَ دابته للاستقاء، وقد يطول الرِّشَاءُ الحبل وبئر العطن للاستقاء منه بيده، فقلَّت الحاجةُ، فلا بد من التفاوت. وله: ما روينا من غير فصل، والعام المتفق في بئر العطن

أربعون من كل إتح: يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع؛ لظاهر قوله عليه السلام: "من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً عطناً لماشيته"، فإنه بظاهره بجميع الجوانب الأربع، والصحيح: أنه من كل جانب؛ لأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الأولى؛ كيلا يحفر أحد في حريمه بئراً أخرى، فيتحول إليها ماء بئره، وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من جانب ييقن، فإن الأراضي تختلف في الصلابة والرخاوة، وفي مقدار أربعين ذراعاً من كل جانب يتيقن بدفع الضرر، والناضح: البعير. [العناية ٧/٩]

حفر دُونَهَا: فيصير حيثئذ حريم كل واحد أقل من الأربعين، فيضيق العطن وتدخل الحفرة. (البنية) للناضح: أي وإن كانت البئر للناضح، وهو البئر الذي يسقى عليها. (البنية) من التفاوت: بين بئر العطن وبئر الناضح. (البنية) ما روينا: أشار به إلى قوله عليه السلام: "من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً عطناً لماشيته". [البنية ٣٣٦/١١] غير فصل: أي بين بئر العطن وبئر الناضح. [الكفاية ٧/٩]

والعام المتفق إتح: وهو قوله: "من حفر بئراً فله مما حوله أربعون ذراعاً، وعمومه مستفاد من كلمة "من"؛ لأنها تفيد العموم، وكونه متفقاً على قبوله. [البنية ٣٣٦/١١]

* غريب. [نصب الراية ٢٩٢/٤] وأخرج الدار قطني في "سننه" عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: "حريم البئر البري خمسة وعشرون ذراعاً، وحريم البئر العادية خمسون ذراعاً، وحريم العين السائحة ثلاثمائة ذراع، وحريم عين الزرع ستمائة ذراع، وقال: الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب، ومن أسنده فقد وهم. [رقم ٤٤٧٣، كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري]

على قبوله والعمل به أولى ^{أبي حنيفة رضى الله عنه} عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به، ولأن القياس يأبى استحقاق الحرم؛ لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به، ففيما ^{صاحب البئر} اتفق عليه الحديثان تركناه، وفيما تعارضا فيه حفظناه، ولأنه قد يستقى من العطن ^{ومر الأربعون} بالناضح، ومن بئر الناضح باليد، فاستوت الحاجة فيهما، ويمكنه أن يُدير البعير ^{العطن والناضح} حول البئر، فلا يحتاج فيه إلى زيادة مسافة. قال: وإن كانت عينا: فحريمها خمسمائة ذراع؛ لما روينا؛ ولأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة؛ لأن العين تستخرج للزراعة، ^{حرم العين} فلا بد من موضع يجري فيه الماء، ومن حوض يجمع فيه الماء،

ولأن القياس: يعني أن الحديثين اتفقا في الأربعين، فتركنا القياس في هذا القدر، وفيما وراء الأربعين تعارضا؛ لأن العام ينفيه والخاص يثبته فتساقطا، فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره. [نتائج الأفكار ٨/٩] وفيما تعارضا فيه: أى على سبيل التنزل وهو ما وراء الأربعين؛ لأن العام ينفيه، والخاص يثبته، وإنما قلنا ذلك؛ لأن للعام موجبين: أحدهما: أن يكون الحرم أربعين. والثاني: أن لا يكون زائدا حيث ذكر بكلمة "من"، وهي للتبعض، والتميز يمتنع عليه الزيادة. [الكفاية ٨/٩]

وفيما تعارضا فيه: أي فيما فيه الاختلاف في الأحاديث، فإن دفع أنه كيف التعارض، فإن الأول متفق على قبوله، والثاني مختلف فيه، فترجح الأول، والتعارض يقتضي المساواة. قد يستقى إلخ: وهذا في الحقيقة جواب عما قالوا: فلا بد من التفاوت، لا يقال: إن بئر الناضح الغالب فيها البعير لا اليد للخرج؛ لأننا نقول: بئر الناضح عندهم لا على حسب ما يكون في بلادنا أن البعير يدور حول البئر، كما في الطاحونة، ولكن عندهم بئر الناضح أن يشد الحبل في وسط البعير، ويشد الدلو في الطرف الآخر من الحبل ثم يساق، فإذا ساق مقدار الحبل يقع الدلو في رأس البئر فيؤخذ الماء، فإذا كان بئر الناضح عندهم على هذا التفسير يمكنه نزع الماء باليد، ويمكن في العطن بالناضح أيضاً فاستويا، كذا في "المبسوط" و"الذخيرة". [البنية ٢٣٨/١١]

يدير البعير: أي يمكن أن يستقى بإدارة البعير. (البنية) فحريمها خمسمائة إلخ: وعند الأئمة الثلاثة: يقدر ما لا بد منه في الارتفاق بحسب العلاة. (البنية) لما روينا: أشار به إلى قوله ^{صلوات الله} "حرم العين خمسمائة ذراع". [البنية ٢٣٨/١١]

ومن موضع يجري فيه إلى المزرعة، فلهذا يقدَّرُ بالزيادة، والتقدير بخمسائة بالتوقيف، والأصح: أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن، والذراع: هو المكسرة، وقد بيناه من قبل، وقيل: إن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم؛ لصلاية بها، وفي أراضيها رخاوة فيزداد؛ كيلا يتحول الماء إلى الثاني ^{العرب} فيتعطل الأول. قال: فمن أراد أن يحفر في حريمها: منع منه؛ كيلا يؤدي إلى تفويت ^{البئر الأول القدوري} حقه والإخلال به؛ وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به، فليس لغيره أن يتصرف في ملكه، فإن احتفر آخر بئرًا في حدّ حريم الأولى: للأول أن يصلحه ويكبسه تبرعاً، ولو أراد أخذ الثاني فيه، قيل: له أن يأخذه بكبسه؛ لأن إزالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقبها في دار غيره، فإنه يؤخذ برفعها، وقيل: يضمه ^{الكبس وهي الزيادة تعدياً} النقصان، ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره، ^{الملقى}

بالتوقيف: على حريم البئر، هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر، تقديره: أن يقال: لما كان حريم العين محتاجاً إلى زيادة لما ذكر من المعاني، فلم قدرت بخسمائة، وعينت بها، فأجاب: أن التقدير بها بالتوقيف أي بالأثر الوارد بها، وقد ذكرناه. (البنية) والأصح: أشار بهذا إلى الاختلاف فيه أنها من كل الجوانب، أو من كل جانب كما اختلفوا في حريم البئر، ونص على أن الصحيح أنها من كل جانب. [البنية ٣٣٩/١١ - ٣٤٠] هو المكسرة: وفي "المغرب": الذراع المكسرة ست قبضات، وهي ذراع العامة، وإنما وصفت بالمكسرة؛ لأنها نقصت من ذراع الملك بقبضة، وهو بعض الأكاسرة لا الكسرى الأخيرة، وكان ذراعه سبع قبضات. (الكفاية) وقد بيناه إلخ: أي بينا الوجه في أن الخمسمائة تعتبر من كل جانب. [الكفاية ٩/٩] في حريمها: أي في حريم البئر الأولى أو العين الأولى. (البنية) يصلحه ويكبسه: أي يصلحه بالكبس، وقوله: يكبسه عطف تفسير كما في قولنا: أعجبتني زيد وكرمه. (البنية) يأخذه بكبسه: يعني بأمر الثاني بكبس البئر التي حفرها. [البنية ٣٤١/١١] كما إذا هدم إلخ: حيث يلزم نقصان الهدم ثم يبنيه بنفسه. [البنية ٣٤٢/١١]

وهذا هو الصحيح، ذكره في "أدب القاضي" للخصاف. وذكر طريق معرفة النقصان، وما عطب في الأولى، فلا ضمان فيه؛ لأنه غير معتد^{الحافر} إن كان يذن الإمام فظاهر، وكذا إن كان^{الحفر} بغير إذنه عندهما، والعذر لأبي حنيفة رحمته الله: أنه يجعل في الحفر تحجيراً، وهيسو بسبيل منه بغير إذن الإمام، وإن كان لا يملكه بدونه، وما عطب في الثانية ففيه الضمان؛ لأنه معتد^{الحفر} فيه حيث حفر في ملك غيره، وإن حفر الثاني بئراً وراء حريم الأولى، فذهب ماء البئر الأولى: فلا شيء عليه؛ لأنه غير متعد^{الخارج} في حفرها، وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول؛ لسبق ملك الحافر الأول فيه. والقناة الجانب الأول

هو الصحيح: أي القول الثاني هو الصحيح. (البنية) معرفة النقصان: وهو أن يقوم الأولى قبل حفر الثانية وبعده، فيضمن نقصان ما بينهما. (العناية) أنه يجعل: يعني يجعل الحفر التام بغير إذن الإمام بمنزلة من حفر بئراً نحو ذراع بإذنه، ثم يكون ذلك تحجيراً، ولم يثبت له الملك بذلك القدر، فكذلك الحفر التام بدون إذن الإمام؛ لأن في الحفر التام وإن وجدت العلة لكن الشرط وهو إذن الإمام لم يوجد، فلم تعمل العلة عملها، فلا يثبت الملك، فيبقى تحجيراً، وبالتحجير لا يكون متعدياً، فلا يضمن بالاتفاق. [الكفاية ٩/٩ - ١٠]

وإن حفر الثاني إلخ: لأن له أن يحفر بئراً خارج حريم الأولى، والحافر مسبب، فإذا لم يكن متعدياً في السبب لا ضمان عليه. (البنية) فذهب ماء البئر: والأصل فيه: أن الماء تحت الأرض غير مملوك لأحد، فليس له أن يخاصمه في تحويل ماء بئرهِ إلى بئر الثاني كالتاجر إذا كان له حانوت وآخر أقام بجانبه حانوت آخر مثل تلك الحانوت، فكسد من تجارة الأول لم يكن له أن يخاصمه. [البنية ٣٤٣/١١]

دون الجانب الأول إلخ: لأن ذلك القدر ملكه لسبق يده وحيازته بإذن الإمام. [البنية ٣٤٣/١١]

والقناة: هي مجرى الماء تحت الأرض. [البنية ٣٤٣/١١، ٣٤٤] ذكرها تفريعاً، وهي من مسائل الأصل يعني إذا خرج قناة في أرض موات، فهي بمنزلة البئر، فلها من الحريم بالبئر كذا قال في "الأصل" ولم يزد هذا، وقال في "الشامل": القناة لها حريم مفوض إلى رأي الإمام؛ لأنه لانص في الشرع وقال المشايخ: هذا الذي ذكره في الأصل قولهما، وعند أبي حنيفة: لا حريم لها إلخ، وقال أبو يوسف في "كتاب الخراج": واجعل للقناة من الحريم ما لم يسخ على وجه الأرض مثل ما جعل على الأرض بالآبار، فإذا ظهر الماء ووسخ على وجه الأرض جعلت حريمه كحريم النهر.

لها حریمٌ بقدر ما يصلحها، وعن محمد رحمته: أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحریم، وقيل: هو عندهما، وعنده لا حریم لها ما لم يظهر الماء على الأرض؛ لأنه نهر في التحقيق، فيعتبر بالنهر الظاهر، قالوا: وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فوارة، فيقدر حریمه بخمسمائة ذراع. والشجرة تغرس في أرض موات لها حریم أيضاً، حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجراً في حریمها؛ لأنه يحتاج إلى حریم له، يجدد فيه ثمره، ويضعه فيه، وهو مقدّر بخمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث.* قال: وما ترك الفرات، أو الدجلة وعدل عنه الماء، ويجوز عودته إليه: نهر الكوفة نهر بغداد لم يجز إحياءه؛ لحاجة العامة إلى كونه نهراً، وإن كان لا يجوز أن يعود إليه: فهو كالموات إذا لم يكن حریماً لعامر؛ لأنه ليس في ملك أحد؛ لأن قهر الماء يدفع قهر غيره، وهو اليوم في يد الإمام.

بعد عدول الماء

والشجرة إلخ: ذكرها تفریعاً على مسألة المختصر، قال شيخ الإسلام خواهرزاده في شرح كتاب الشرب: لم يذكره محمد رحمته في الكتاب أي في الأصل.

لأنه يحتاج إلخ: أي لأن الغارس يحتاج إلى حریمه يقطع فيه ثمرة الشجرة، ويضعه فيه. [البنية ١١/٣٤٥] لأن قهر الماء إلخ: الإحياء شرطه أن تكون الأرض في قهر الإمام، فإذا عدل عنه ولم يجز عودته فات قهر الماء، فصار في قهر الإمام، فيجوز إحياءه إذا لم يكن حریماً لعامر. [الكفاية ٩/١٠]

* أخرج أبوداود في "سننه" في آخر الأقضية عن عبد العزيز بن محمد عن أبي طوالة وعمرو بن يحيى بن عمارة عن أبيه عن الخدري قال: "اختصم إلى النبي ﷺ رجلان في حرم نخلة، في حديث أحدهما فأمرهما فذرعت فوجدت سبعة أذرع، وفي حديث الآخر فوجدت خمسة أذرع قضى بذلك، قال عبد العزيز: فأمر بحريدة من جريدها فذرعت. [رقم: ٣٦٤٠، باب أبواب من القضاء]

قال: **وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ: فَلَيْسَ لَهُ حَرِيمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، إِلَّا أَنْ يَقِيمَ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ.** وقالوا: له مُسْنَأَةُ النهر يمشي عليها، ويلقي عليها طينَه، قيل: ^{عند الكرعي} هذه المسألة بناء على أن من حفر نهراً في أرض موات بإذن الإمام لا يستحق الحريم عنده، وعندهما: يستحقه؛ لأن النهر لا يتفع به إلا بالحريم؛ لحاجته إلى المشي لتسبيل الماء، ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر، وإلى إلقاء الطين، ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بخرج، فيكون له الحريم؛ اعتباراً بالبئر. وله: أن القياس يأباه ^{ثبوت الحريم}

على ما ذكرناه، وفي البئر عرفناه بالأثر،
في بئر الناضح الذي تقدم

ومن كان له إرخ: ذكر في شرح الطحاوي: لو أن نهراً لرجل، وأرضاً على شاطئ النهر لآخر، فتنازعا في المسناة، فإن كان بين الأرض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه، فالمسناة لصاحب الأرض بالإجماع، وإن لم يكن بينهما حائل قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: هي لصاحب الأرض، ولصاحب النهر فيها حق، حتى أن صاحب الأرض إذا أراد رفعها أي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك، وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ: المسناة لصاحب النهر، وذكر في "كشف الغوامض": أن الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج إلى كربه في كل حين، أما الأنهار الصغار التي تحتاج إلى كرها في كل وقت، فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكره في "النهاية". [العناية ١٠/٩]

على ذلك: أي على أن الحريم ملكه والمسناة له. وعندهما يستحقه: قال فخر الإسلام وغيره في شرح "الجامع الصغير": من أصحابنا من قال: أصل هذه المسألة: أن من أحيا نهراً في أرض موات هل يستحق له حريمها، قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يستحقه، وقالوا: يستحقه، وقال عامتهم: الصواب أن يستحق للنهر حريماً بالإجماع، استدلالاً بنص صاحب الشرع في حريم البئر. [البنية ٣٤٧/١١-٣٤٨]

اعتباراً بالبئر: يعني بجامع الاحتياج، فإن استحقاق الحريم للحاجة، وهي موجودة في النهر كهي في البئر والعين، فتعدى الحكم منها إليه. (العناية) ما ذكرناه: وهو قوله: ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم؛ لأن عمله في موضع الحضر أي الاستحقاق بالعمل، وهو الحفر، ولا عمل في غير موضع الحفر، فلا يستحق. [الكفاية ١٠/٩]

عرفناه بالأثر: فكان الحكم معدولاً به عن القياس في الأصل، فلا يصح تعديته. [العناية ١٠/٩]

والحاجة إلى الحریم فيه فوقها إليه في النهر؛ لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون
 الحریم، ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء، ولا استقاء إلا بالحریم، فتعذر الإلحاق.
 ووجه البناء: أن باستحقاق الحریم تثبت اليد عليه اعتباراً تبعاً للنهر، والقول
 لصاحب اليد، وبعدم استحقاقه تنعدم اليد، والظاهر يشهد لصاحب الأرض على
 ما نذكره إن شاء الله تعالى. وإن كانت مسألة مبتدأة، فلهما: أن الحریم في يد صاحب
 النهر باستمساكه الماء به، ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه، وله: أنه أشبه بالأرض
 صورة ومعنى: أما صورة: فلاستوائهما، ومعنى: من حيث صلاحيته لغرس والزراعة،
 والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به كائنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما،
 والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما: يقضي للذي في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه،
 ذلك المصراع

إلى الحریم إلخ: جواب عما يقال: هب أنه على خلاف القياس فليحق به بالدلالة، ووجهه: أن الإلحاق
 بالدلالة إنما يكون للأعلى بالأدنى أو المساوي. [العناية ١٠/٩] بدون الحریم: غير أنه يلحقه بعض الحرج
 في نقل الطين، والمشى في وسطه. (البناءة) فتعذر الإلحاق: إذا كان ذلك يتعذر إلحاق النهر بالبئر؛ لأن
 البئر منصوبة والنهر غير منصوب، فأخذنا فيه بالقياس. (البناءة) ووجه البناء إلخ: أي وجه بناء مسألة
 المختصر على مسألة من أحيا نهرًا على المذهبين بالرأي كذا في "المبسوط". [البناءة ٣٤٩/١١]
 تنعدم اليد: أي يد صاحب النهر على الحریم، والظاهر يشهد لصاحب الأرض يعني الحریم. (البناءة)
 وإن كانت مسألة: يعني وإن كانت مسألة من له نهر في حریم غيره مسألة ابتدائية غير مبنية على مسألة
 من أحيا نهرًا في أرض موات. (البناءة) باستمساكه الماء: فيكون مستعملًا لحریم النهر والاستعمال يد،
 فباعتبار أنه في يده جعل القول قوله كما لو تنازعا في ثوب وأحدهما لابس. [البناءة ٣٥٠/١١]
 فلاستوائهما: يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض، فأما إذا كانت المسناة
 أرفع من الأرض، فهي لصاحب النهر؛ لأن الظاهر أن ارتفاعه لإلقاء طينه. [العناية ١١/٩]

والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك، ولا نزاع فيما به استمسك الماء، إنما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه إن كان مستمسكاً به ماء نهره، فالآخر ^{صاحب النهر} دافع به الماء عن أرضه، والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه، كالحائط لرجل، ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وإن كان ملكه. وفي "الجامع الصغير": نهر لرجل إلى جنبه مُسْنَاة، ولآخر خلف المسناة أرض تزرعها، وليست المسناة في يد أحدهما: فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: هي لصاحب النهر حرماً ملقى طينه وغير ذلك، وقوله: وليست المسناة في يد أحدهما، معناه: ليس لأحدهما عليه غرس، ولا طين ملقى، فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف.

قضاء ترك: أي لا قضاء ملك واستحقاق، وإنما ذكر هذا؛ لأن صاحب النهر لو أقام بينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته، ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته؛ وذلك لأن الأصل أن من صار مقضياً عليه في حادثة لا يصير مقضياً له في تلك الحادثة أبداً إلا إذا كان القضاء تركاً. [الكفاية ١١/٩]

ولا نزاع إلخ: جواب عن قولهما: إن الحرم في يد صاحب النهر بإمسك الماء وهو واضح. (العناية) فالآخر دافع إلخ: فقد استويا في استعمال الحرم، وترجع صاحب الأرض من الوجه الذي قدرنا، ولكن ليس له أن يهدمه؛ لأن لصاحب النهر حق استمسك الماء في نهره، فلا يكون لصاحب الأرض أن يبطله. (البنية) والمانع إلخ: جواب عن قولهما: ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه. [العناية ١١/٩]

لا يتمكن إلخ: أي ولا يتمكن صاحب الحائط من نقض الحائط لأجل تعلق صاحب الجذوع مع أن الحائط ملك لصاحبه. [البنية ٣٥١/١١-٣٥٢]

الجامع الصغير: إنما أورد رواية "الجامع الصغير"؛ لينكشف موضع الخلاف، أن الخلاف فيما إذا لم يكن الحرم في يد أحد، أما إذا كان في يد أحدهما، فصاحب اليد أولى بالاتفاق. [الكفاية ١١/٩] عليه: أي على المسناة، والتذكير باعتبار الحرم. (البنية) موضع الخلاف: [وهو أن يكون الحرم موازياً للأرض لا فاصل بينهما، وأن لا يكون مشغولاً بحق أحدهما] بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه. [البنية ٣٥٢/١١]

أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك، فصاحبُ الشغل أولى؛ لأنه صاحب يد، ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه، فهو من مواضع الخلاف ^{بالاتفاق} أيضاً، وثمره الاختلاف: أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده، وعندهما لصاحب النهر، وأما إلقاء الطين فقد قيل: إنه على الخلاف، وقيل: إن لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش، وأما المرور فقد قيل: يمنع صاحب النهر عنده، وقيل: لا يمنع للضرورة، قال الفقيه أبو جعفر: ^{المذكور وهو الصحيح} ^{وهو الأشبه} ^{الهندواني} آخذ بقوله في الغرس، وبقولهما: في إلقاء الطين. ثم عن أبي يوسف رحمته الله: أن حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب، وعن محمد رحمته الله مقدار بطن النهر من كل جانب، وهذا أرفق بالناس. قول محمد أرباب النهر

لأحدهما عليه: أي على المسناة بتأويل الحريم كما ذكرنا ذلك أي الغرس أو الطين الملقى. [البنية ٣٥٢/١١] مواضع الخلاف: يعني عند أبي حنيفة رحمته الله: الغرس لصاحب الأرض، وعندهما: لصاحب النهر. (البنية) أن ولاية إلخ: فإنه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده، بل كان طرف النهر لصاحب الأرض، ولصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الأرض عنده، ولصاحب النهر عندهما؛ إذ لا شك أن ولاية الغرس في موضع لمن يستحق ذلك الموضع. نصف بطن النهر: يعني بمسح بطن النهر، فيجعل مقدار ذلك نصفه من هذا الجانب. [البنية ٣٥٣/١١]

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

وإذا كان لرجل نهرٌ أو بئر، أو قناة: فليس له أن يمنع شيئاً من الشَّفة، والشَّفة: الشربُ لبني آدمَ والبهائم. اعلم أن المياه أنواع: - منها: ماء البحار، ولكل واحد من الناس فيها حقُّ الشَّفة، وسقي الأراضي، حتى إن من أراد أن يكرى نهرًا منها إلى أرضه: لم يُمنع من ذلك، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء، فلا يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء. والثاني: ماء الأودية العظام: كجيحون،

الشرب: في "المغرب": الشرب بالكسر النصيب من الماء، وفي الشريعة: عن نوبة الانتفاع بالماء سقيًا للمزارع والدواب، قال الإمام نجم الدين: وبضم الشين فعل الشارب. في المياه: لما فرغ من ذكر إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب؛ لأن إحياء الموات يحتاج إليه، وقدم فصل المياه على فصل الكري؛ لأن المقصود هو الماء كذا في الشروح. [نتائج الأفكار ١٢/٩-١٣] هذه الفصول كلها من ههنا إلى كتاب الأشربة ليست بمذكورة في "البداية"؛ لأنها ليست في "الجامع الصغير" و"مختصر القدوري"، وإنما ذكرها شيخ الإسلام المعروف بخواهرزاده في شرح كتاب الشرب، ثم لما ذكر إحياء الموات ذكر عقيبتها مسائل الشرب؛ لأن الإنسان إذا أحيا مواتاً احتاج لامحالة إلى الماء، فذكر الشرب، وهو النصيب من الماء. الشَّفة: الشفة واحد الشفاء، وأصلها شفة سقطت الهاء تخفيفاً، ويقال: هم أهل الشفة أي الذين لهم حق الشرب بشفاهم وأن يسقوا دوابهم. (الكفاية) كالانتفاع بالشمس إلخ: لأن هذا الماء ليس لأحد فيه حق على الخصوص، فإن ذلك الموضع غير داخل تحت قهر أحد؛ لأن قهر الماء يمنع قهر غيره، فلا يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء. (الكفاية) ماء الأودية: هي جمع الوادي على غير القياس، وأصل التركيب يدل على الجري والخروج، فسمي الوادي به؛ لأن الماء يدي فيه أي يجري ويسيل، فكان فيه إطلاق لاسم الحال على المحل كذا في "الصحيح" وغيره. [الكفاية ١٢/٩] كجيحون إلخ: جيحون: نهر بلخ، وسيحون: نهر نخجند، ودجلة بغير حرف التعريف: نهر بغداد، والفرات: نهر الكوفة.

وسيحون، ودجلة، والفرات، للناس فيه حق الشفة على الإطلاق، وحق سقي الأراضي، فإن أحيا واحداً أرضاً ميتة، وكري منه نهراً ليسقيها، إن كان لا يضرُّ بالعامّة، ولا يكون النهر في ملك أحد؛ لأنها مباحة في الأصل؛ إذ قهر الماء يدفع قهر غيره، وإن كان يضرُّ بالعامّة؛ فليس له ذلك؛ لأن دفع الضرر عنهم واجب، وذلك في أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت صفته، فيغرق القرى والأراضي، وعلى هذا نصب الرّحى عليه؛ لأن شق النّهر للرحى كشقه للسقي به، والثالث: إذا دخل الماء في المقاسم، فحق الشفة ثابت، والأصل فيه: قوله عليه السلام: "الناس شركاء في ثلاث: الماء، والكلاء،"

يدفع قهر إخ: أشار بذلك إلى أن أحداً ليس له قهر في هذا الموضع بقوة المياه فيها. [البنية ٣٥٦/١١] انكسرت صفته: أي حافته وهي بكسر الضاد وفتحها كذا في "المغرب"، وذكر في "الديوان" بالكسر جانب النهر، وبالفتح جماعة الناس. (البنية) وعلى هذا: أي وعلى التفصيل المذكور نصب الطاحون على النهر الذي يسيل من ماء الأودية العظام إن كان لا يضر بالعامّة جاز، وإلا فلا. [البنية ٣٥٦/١١] المقاسم: أي دخل في قسمة قوم، فقسمة الإمام بينهم. (البنية) فحق الشفة ثابت: في هذا القسم فالناس شركاء فيه في حق الشفة والسقي أنفسهم ودوابهم، وإن أتى في ذلك على المأكلة، وليس لأهله أن يمنعوا أحداً من الشفة والسقي. [البنية ٣٥٦/١١] والأصل فيه: أي في ثبوت حق الشفة. الماء: أما الماء؛ فلأنه صار موجوداً بإيجاد الله تعالى في مكانه، فيبقى على الإباحة حتى يحرز، فإذا أخذه وجعله في وعائه صار أخص به وجاز بيعه كالصيد يصير مملوكاً بالاستيلاء. (الكفاية) والكلاء: هو الحشيش الذي ينبت من أن يُنبته أحد، فلا يملك صاحبه بكونه في أرضه، فإن قطعه غيره وأحرزه ملكه وصار أخص به. [الكفاية ١٢/٩]

*روي من حديث رجل، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث ابن عمر رضي الله عنهم. [نصب الراية ٢٩٤/٤] أخرجه أبوداود في "سننه" عن رجل من المهاجرين من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال: غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثاً أسمعته يقول: "المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلاء، والماء، والنار". [رقم: ٣٤٧٧، باب في منع الماء]

والنار"، وأنه ينتظم الشرب، والشربُ ^{لوجود الضرر} خصّ منه الأول، وبقي الثاني، وهو الشفة، ^{قوله: شركاء}
ولأن البئر ونحوها ما وضع للإحراز، ولا يملك المباح بدونه كالظبي إذا تكتس في ^{كالخوض} أرضه، ولأن في إبقاء الشفة ضرورة؛ لأن الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء إلى كل ^{دخل في الكناس} مكان، وهو محتاج إليه لنفسه وظهره، فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم، فإن أراد ^{نذهابه وإيابه} رجل أن يسقي بذلك أرضاً أحياءها: ^{أي مركبة} كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه، أضرب بهم أو لم يضرب؛ لأنه حق خاص لهم، ولا ضرورة، ولأننا لو أبجنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب. والرابع: الماء المَحَرَّرُ في الأواني، وأنه صار مملوكاً له بالإحراز، وانقطع حق غيره عنه ^{حق شفة أو غيره} كما في الصيد المأخوذ، إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة؛ نظراً إلى ^{فهو لمن أخذه} الدليل، وهو ما روينا، حتى لو سرقه إنسان في موضع يعزّ وجوده، وهو يساوي نصاباً: لم تقطع يده، ولو كان البئر أو العين، أو الحوض، أو النهر في ملك رجل: له ^{نصاب السرقة للشبهة} أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماءً آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك أحد، وإن كان لا يجد، يقال لصاحب النهر: إما أن تعطيه الشفة، أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته، وهذا مروي عن الطحاوي ^{جانبه} رحمه الله،

والنار: فمعنى إثبات الشركة فيها الانتفاع بضوئها، والاصطلاء بها، وليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاقتباس منها، فأما إذا أراد أن يأخذ من ذلك الجمر، فليس له ذلك؛ لأنه ملك صاحبه؛ لأن ذلك حطب أو فحم أحرزه الذي أوقد النار. [الكفاية ١٢/٩-١٣] خصّ منه الأول: أي الشرب بالإجماع؛ لأنه يجوز بيعه تبعاً للأرض بالاتفاق، ومقصوداً في رواية. [الكفاية ١٣/٩] وهو ما روينا: أراد به قوله ﷺ: "الناس شركاء". الحديث. [البناءة ٣٦١/١١] يقال لصاحب الخ: لأن له حق الشفة في الماء الذي في حوضه عند الحاجة.

وقيل: ما قاله صحيح فيما إذا احتفر في أرض مملوكة له، أما إذا احتفرها في أرض موات، فليس له أن يمنعه؛ لأن الموات كان مشتركاً، والحفر لإحياء حق مشترك، فلا يقطع الشركة في الشقة، ولو منعه عن ذلك، وهو يخاف على نفسه، أو ظهره العطش: له أن يقاتله بالسلاح؛ لأنه قصد إتلافه بمنع حقه - وهو الشقة - والماء في البئر مباح غير مملوك، بخلاف الماء المحرز في الإناء حيث يقاتله بغير السلاح؛ لأنه قد ملكه، وكذا الطعام عند إصابة المخمصة، وقيل: في البئر ونحوها الأولى أن يقاتله بغير سلاح بعصا؛ لأنه ارتكب معصية، فقام ذلك مقام التعزير له، والشقة إذا كان يأتي على الماء كله بأن كان جَدُولاً صغيراً، وفيما يَرِدُ من الإبل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها، قيل: لا يمنع منه؛ لأن الإبل لا تردّها في كل وقت،

لإحياء حق مشترك: أي لأجل إحياء حق مشترك، فإن العلة الحاصلة من هذا الشرب تكون مشتركة بين المالك ومصرف العشر والخراج إن كان الماء خراجياً. (البنية) ولو منعه إلخ: أي منعه صاحب البئر أو العين أو الحوض أو النهر في ملكه عن الدخول فيه، والحال أنه يخاف على نفسه أو مركبه العطش له. [البنية ٣٦٣/١١] بخلاف الماء المحرز: لأنه إذا أحرزه في قرية أو جب، أو كان شركة الغير وكان المرید للماء مضطراً إلى ذلك، فإنه يقاتله بلا سلاح نحو العصا. (البنية) وكذا الطعام: أي وكذا حكم الطعام إذا منعه عن المرید عن المخمصة، فإنه يقاتله بدون سلاح. [البنية ٣٦٤/١١]

الأولى أن إلخ: فيه إشارة إلى أنه يجوز أن يقاتله بالسلاح حيث جعل الأولى أن لا يقاتله، فيكون موافقاً لما ذكره. ارتكب معصية: حيث ترك إحياء نفس قدر على إحيائها. (البنية) فقام ذلك: أي القتال معه بنحو العصا. [البنية ٣٦٤/١١] في كل وقت: ففي اليوم الذي لا يرد الإبل يكون الماء لصاحب الجدول، ويصير ذلك كالمياومة فيما بينه وبين صاحب الشقة وقت لصاحب الإبل ووقت لصاحب الجدول، وهذا هو السبيل في الماء المشترك إذا كان لا يصل إلى كل واحد منهم حقه، فيجعل بينهم بالنوبة.

فصار كالمياومة، وهو سبيل في قسمة الشرب، وقيل: له أن يمنع اعتباراً بسقي المزارع
والمشاجر، والجامع تفويت حقه، ولهم: أن يأخذوا الماء منه للوضوء ^{أمل الشفة} وغسل الثياب في ^{النهر المشترك}
الصحيح؛ لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه - كما قيل - يؤدي إلى الحرج، وهو ^{الحرج}
مدفوع، وإن أراد أن يسقي شجراً، أو خَضِرًا في داره حملاً بجراره: له ذلك في الأصح؛
لأن الناس يتوسعون فيه، وَيَعُدُّونَ المنع من الدناءة، وليس له أن يسقي أرضه ونخله
وشجره من نهر هذا الرجل وبثره وقناته إلا بإذنه نصاً، وله أن يمنعه من ذلك؛ لأن الماء
متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب ^{بالكلية} بواحدة؛ لأن في إبقائه قطع شرب
صاحبه، ولأن المسيل حقُّ صاحب النهر، والصفة تعلق بها حقه، فلا يمكنه التسييل فيه،

والجامع إلخ: أي الجامع بين منع الشفة من الجدول عند الاستئصال وبين منع سقي المزارع والمشاجر
تفويت الحق في كل منهما. [البنية ٣٦٥/١١] في الصحيح: عند بعضهم: يتوضأ في النهر، ويغسل الثياب
فيه. [الكفاية ١٣/٩-١٤] إشارة إلى اختلاف المشايخ ^{رحمهم الله}، فإن منهم من قال: لا يأخذون الماء منه للوضوء،
وغسل الثياب؛ لأن الشركة تثبت في حق الشفة لا غير، والصحيح جوازه؛ دفعاً للحرج. [العناية ١٣/٩-١٤]
كما قيل: واختلفوا في التوضيء بماء السقاية، فقال بعضهم: يجوز، وقال بعضهم: إن كان الماء كثيراً يجوز؛
وإلا فلا، وكذا كل ما أعد للشرب حتى قالوا في الحياض التي أعدت للشرب: لا يجوز التوضؤ منه، ومنع فيه
وهو الصحيح، ويجوز أن يحمل من ماء السقاية إلى بيته للشرب، كذا في الفتاوى. [البنية ٣٦٥/١١]
في الأصح: احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ، أنهم قالوا: ليس له ذلك، إلا بإذن صاحب
النهر؛ عملاً بظاهر الحديث. (العناية) وله أن يمنعه إلخ: أي لصاحب النهر أو البئر أو القناة أن يمنع غيره
من سقي أرضه ونخله. (البنية) دخل في المقاسم: أي دخل في قسمة رجل بعينه. [العناية ١٤/٩]
فلا يمكنه إلخ: أي فلا يمكن صاحب النهر غيره من تسييل مائه في مسيله، ولا يمكنه أيضاً من شق ضفة
نهره. [البنية ٣٦٦/١١]

ولا شقُّ الضفة، فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره: فلا بأس به؛ لأنه حقه، فتجري فيه الإباحةُ كالماء المحرز في إنائه.

فصل في كَري الأنهار

قال رحمته: الأنهار ثلاثة: نهر غير مملوك لأحد، ولم يدخل مأؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه، ونهر مملوك دخل مأؤه في القسمة، إلا أنه عام، ونهر مملوك دخل مأؤه في القسمة، وهو خاص، والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه، فالأول: من كل وجه

فإن أذن إلخ: أي فإن أذن للغير صاحب النهر في مسيل الماء أو في شق ضفة نهره. [البنية ١١/٣٦٦] كالماء المحرز إلخ: أي كما يجري الإباحة في الماء الذي أحرزه في قرية أو كوز ونحوهما. (البنية) فصل في كَري إلخ: قال جماعة من الشراح: لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذكر مؤنة كَري الأنهار التي كان الشرب منها، ولكن لما كانت مؤنة الكَري أمراً زائداً على النهر؛ إذ النهر يوجد بدون مؤنة الكَري كالنهر العام. [نتائج الأفكار ٩/١٤]

ولم يدخل مأؤه إلخ: أي لا يقسم مأؤه، ولا يمكن ذلك كجیحون والفرات ونحوه، فإنه لا يمكن قسمة مائه بأن يكون يوماً لقوم، ويوماً لآخرين. (الكفاية) ونحوه: مثل جيحون وسيحون والنيل والفرات. [البنية ١١/٣٦٧] وهو خاص: وتكلموا في النهر الخاص، قال بعضهم: إن كان النهر لعشرة فما دونها، أو عليه قرية واحدة يعني مأؤه فيها، فهو خاص يستحق به الشفعة، وإن كان النهر لما فوق العشرة، فهو نهر عام، وقال بعضهم: إن كان النهر لما دون الأربعين، فهو خاص، وإن كان لأربعين فهو نهر عام، وقال بعضهم: جعلوا الحد الفاصل في المائة، وبعضهم في الألف، وأصح ما قيل فيه: أنه يفوز إلى رأي المجتهد، حتى يختار من الأقاويل أي قول شاء كذا في "فتاوى قاضي خان رحمته"، وقيل: الخاص ما لا تجري فيه السفن، وما تجري فيه عام، وعن أبي يوسف رحمته: الخاص أن يكون نهرأ ليسقي منه قراخان أو ثلاثة، وما وراء ذلك، فهو عام. [الكفاية ٩/١٤] بينهما: أي بين النهر العام والنهر الخاص. [البنية ١١/٣٦٨] فالأول: أي القسم الأول هو النهر غير المملوك لأحد. [البنية ١١/٣٦٨]

كرهه على السلطان من بيت مال المسلمين؛ لأن منفعة الكري لهم، فتكون مؤنته عليهم، ويصرف إليه من مؤنة الخراج والجزية دون العُشور والصدقات؛ لأن الثاني للعُشور والصدقات كرهه، والأول للنوائب، فإن لم يكن في بيت المال شيء: فالإمام يُجبر الناس على الخراج والجزية كرهه إحياء لمصلحة العامة؛ إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم، وفي مثله قال عمر رضي الله عنه: لو تركتم لبعثتم أولادكم،* إلا أنه يخرج له من كان يطيقه، ويجعل مؤنته على أي ما كلفتم الإمام الكري. وأما الثاني: فكرهه على أهله لا على بيت المال؛ المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم. كرهه لأن الحق لهم، والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص، ومن أبي منهم يجبر على كرهه؛ دفعاً للضرر العام، وهو ضرر بقية الشركاء، وضرر الآبي خاص، في الجبر ويقابله عوض، فلا يعارض به،

للنوائب: جمع نائبة، وهي التي تنوب المسلمين من الخراج كبناء القناطر، وسد الثغور، ونحو ذلك. (البنابة) إذ هم لا يقيمونها إلخ: أي إذ الناس لا يقيمون مصلحة العامة بأنفسهم؛ لأن العوام كل ما ينفقون من غير إحياء، والإمام نصب ناظراً في أحوال الناس، فيجبرهم على ذلك. (البنابة) ويجعل مؤنته: كما يفعل في تجهيز الجيوش؛ لأنه يخرج من كان يطيق القتال، ويجعل مؤنته على الأغنياء، كذا ههنا. [الكفاية ١٥/٩] وأما الثاني: أي النوع الثاني: وهو النهر المملوك الذي دخل مأؤه تحت القسمة إلا أنه عام. [البنابة ٣٦٩/١١ - ٣٧٠] دفعاً للضرر إلخ: لأهم يتضررون، ولو لم يجبر الآبي؛ لأهم يحتاجون إلى كري نصيبه. (البنابة) فلا يعارض به: أي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص ما تقدم، بل يغلب جانب الضرر العام، فيجعل ضرراً، ويجب السعي في إعدامه، وإن بقي الضرر الخاص مع أن ذلك الضرر في الخاص مجبور بعوض يقابله، وهو حصة من الشرب. [الكفاية ١٥/٩]

*قلت: لم أقف عليه في الكتب المشهورة في كتب الحديث، وإنما ذكره أصحابنا في كتبهم، ولم أدر من أين أخذوه. [البنابة ٣٦٩/١١]

ولو أرادوا أن يحصّنه خيفة الانبثاق، وفيه ضرر عام كغرق الأراضي وفساد الطرق يجبر الآبي، وإلا فلا؛ لأنه موهوم، بخلاف الكري؛ لأنه معلوم. وأما الثالث: وهو الخاص من كل وجه، فكّرْه على أهله؛ لما بينا، ثم قيل: يجبر الآبي كما في الثاني، وقيل: لا يجبر؛ لأن كل واحد من الضررين خاص، ويمكن دفعه عنهم ^{النهر} ^{وبه أخذ} بالرجوع على الآبي بما اتفقوا فيه، إذا كان بأمر القاضي، فاستوت الجهتان، بخلاف ^{الإنفاق} ^{في الخصوص} ما تقدم، ولا يجبر لحق الشفة كما إذا امتنعوا جميعاً،

خيفة الانبثاق: وهو انتقاص ممسك الماء وهو انتقاله من المنبثق. (البنية) وإلا فلا: أي وإن لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر الآبي. [البنية ٣٧٠/١١] لأنه معلوم: لأن حاجة النهر إلى الكري في كل وقت معلوم عادة، وقد التزموه عادة، فيجبر الآبي هنا لا محالة؛ لأنه يأباه يريد قطع منفعة الماء عن نفسه وشركائه، فليس له ذلك، فكذلك يجبر عليه. [البنية ٣٧١/١١] لما بينا: إشارة إلى قوله: لأن الحق لهم، والمنفعة تعود إليهم على الخلوص. (العناية) ثم قيل: وهو قول أبي بكر الإسكافي رحمته الله. [العناية ١٥/٩]

لا يجبر: وهو قول أبي بكر بن سعيد البلخي رحمته الله، كذا في "فتاوى قاضي خان رحمته الله". [الكفاية ١٥/٩] من الضررين إلخ: لأنهما مستويان، فيترك ما كان على ما كان كما تعذر دفع أحدهما بالأخرى لا يجبر كما في الحائط بين اثنين إذا تهدم أو تهدم علو وسفل، فأراد أحدهما أن يبني فأبى الآخر لا يجبر الآبي، بل يقال للآخر: ابن أنت إن شئت. (البنية) على الآبي: بأن يستوفوا من نصيب الآبي من الشرب قدر ما يبلغ قيمته ما أنفقوا في نصيب الكري. [البنية ٣٧١/١١]

بخلاف ما تقدم: وهو الإجماع في النهر الثاني، فإن من أبي من أهله يجبر عليه؛ لما ذكرنا أن هناك أحد الجهتين عام، فيجبر الآبي؛ دفعاً للضرر العام. (البنية) ولا يجبر إلخ: هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: إن كان لا يجبر الآبي على كرائه بحق الشركاء، فلم يجبر بحق الشفة كما قيل: إنه يجبر بحق الشفة، وهو قول بعض المتأخرين من أصحابنا، فقال: لا يجبر بحق الشفة؛ لأن الجبر بحق الشفة لا يستقيم. [البنية ٣٧١/١١-٣٧٢]

إذا امتنعوا إلخ: أي كما لو امتنع جميع أهل النهر من كرية حيث لا يجبرون على الكري لحق أهل الشفة، ولأن هذا امتناع عن إثبات الحق لهم لا إبطال حقهم؛ لأن حقهم إنما يثبت حال جريان الماء لا قبله، وهذا كامتناع الولي لليتيم، فإن له ذلك؛ لأنه امتناع عن ثبوت الحق لليتيم لا إبطال حقه. [الكفاية ١٥/٩-١٦]

ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه، فإذا جاوز أرض رجل رُفِعَ عنه، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله. وقالوا: هي عليهم جميعاً من أوله إلى آخره بصرف الكرى بحصص الشرب والأرضين؛ لأن لصاحب الأعلى حقاً في الأسفل؛ لاحتياجه إلى تسهيل ما فضل من الماء فيه. وله: أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقي، وقد حصل لصاحب الأعلى، فلا يلزمه إنفاع غيره، وليس على صاحب المسيل عمارته،

ومؤنة كرى النهر إلخ: وصورته: ما ذكره في "الكافي" و"التحفة": أن النهر إذا كان بين عشرة لكل واحد منهم عليه أرض كان الكرى من أول النهر إلى أن يتجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم، على كل واحد منهم العشر، فإذا تجاوز شرب الثاني خرج هو من الكرى، ويكون الكرى على الباقيين على تسعة أسهم، فإذا تجاوز شرب الثالث سقط عنه الشفة، ويكون الكرى على الباقيين على ثمانية أسهم، وعلى هذا الترتيب، قالوا: إن المؤنة بينهم على عشرة أسهم من أول النهر إلى آخره. [البنية ٣٧٢/١١]

عند أبي حنيفة: ويقول أبي حنيفة رحمته الله أخذوا بالفتوى كذا في "فتاوى قاضي خان رحمته الله". [الكفاية ١٦/٩]

لاحتياجه إلى تسهيل: لأنه إذا سد ذلك فابخر الماء على أرضه فأفسد زرعه، فعلم أن كل واحد ينتفع بالنهر من أوله إلى آخره، ولهذا تستحق الشفعة مثل هذا النهر، وحق أهل الأعلى والأسفل في ذلك سواء، فإذا استورا في القسم يستوون في الغرم وهو مؤنة الكرى. [البنية ٣٧٢/١١]

فلا يلزمه إنفاع إلخ: قال صاحب "النهاية": والصواب نفع غيره؛ لأن الإنفاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الإمام تاج الدين الزرنوجي إلى هنا كلامه، واقتفى أثره جماعة من الشراح ولم يزدوا على ذلك شيئاً، وقال صاحب "الغاية": استعمل الإنفاع في معنى النفع وهو ضد الضرر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة، وجاء أرجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته، ويجوز على قياسه أنفعته بمعنى نفعته، ولكن اللغة لا تصح بالقياس، ويجوز أن يكون ذلك سهواً من الكاتب بأن يكون في الأصل إنفاع غيره من باب الافتعال انتهى كلامه. [نتائج الأفكار ١٦/٩] وليس على صاحب إلخ: أي ليس على من هو في أعلى النهر عمارة أسفل النهر بسبب حق تسهيل الماء له، وهذا جواب عن قولهما؛ لاحتياجه إلى تسهيل ما فضل من الماء فيه، قلنا: مع ذلك لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسهيل الماء فيه، =

كما إذا كان له مسيل على سطح غيره، كيف وأنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسدّه من ^{النهر} أعلاه، ثم إنما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرناه، وقيل: إذا جاوز فُوّهة نهره، وهو ^{الكري} مروي عن محمد رحمه الله، والأول أصح؛ لأن له رأياً في اتخاذ الفُوّهة من أعلاه وأسفله، فإذا جاوز الكري أرضه حتى سقط عنه مؤنته، قيل: له أن يفتح الماء؛ ليسقي أرضه؛ ^{من أصل الفوهة} لانتهاه الكري في حقه، وقيل: ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه؛ نفياً لاختصاصه، وليس على أهل الشفة من الكري شيء؛ ^{فكانوا مجهولين} لأنهم لا يحصون، ولأنهم أتباع.

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه ^{دعوى الشرب}

وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحساناً؛ لأنه قد يملك بدون الأرض إرثاً، ^{ووصية}

= ألا ترى أن من له حق تسيل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره، ثم هو متمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كري أسفل النهر، بأن يسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى عن الماء، فعرفنا أن الحاجة المعتبرة في إلزام مؤنة الكري الحاجة إلى سقي الأراضي. [الكفاية ١٦/٩]

كما ذكرناه: أشار به إلى قوله: فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه. (البنية ٣٧٤/١١) لأنهم لا يحصون: أي بالانتفاع بالماء دون شركائه، وللتحرز عن هذا الخلاف اختار المتأخرون بالبداية بالكري من أسفل النهر، أو ترك بعض النهر من أعلاه حتى يفرغ من أسفله. [البنية ٣٧٤/١١] لأنهم لا يحصون: ومؤنة الكري لا يستحق على قوم لا يحصون، ولأن أهل الشفة جميع أهل الدنيا، فلا يمكن جمعهم في الكري. (الكفاية) ولأنهم أتباع: والمؤنة على الأصول دون الأتباع، ألا يرى أن المؤنة في القليل للوجود في المحلة على أصحاب الخطة دون المشترين والسكان. [الكفاية ١٦/٩]

فصل في الدعوى إلخ: لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب. [نتائج الأفكار ١٧/٩] استحساناً: قال في "المبسوط": ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك؛ لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعي في الدعوى والشهادة، والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب. [العناية ١٧/٩]

وقد يبيع الأرض، ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه، فيصح فيه الدعوى. وإذا كان نهرٌ لرجل يجري في أرض غيره، فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه: تُرك على حاله؛ لأنه مستعمل له بإجراء مائه، فعند الاختلاف يكون القول قوله، فإن لم يكن في يده، ولم يكن جارياً: فعليه البيّنة أن هذا النهر له، أو أنه قد كان مجراه له في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها، فيقضي له؛ لإثباته بالحجة ملكاً له، أو حقاً مستحقاً فيه، وعلى هذا: المصبُّ في نهرٍ أو على سطح، أو الميزاب، أو الممشى في دار غيره: فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب. وإذا كان نهر بين قوم، واختصموا في الشرب: كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم؛ لأن المقصود الانتفاع بسقيها، فيتقدّر بقدره،

وهو مرغوب فيه: فإذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه بالبيّنة. (الكفاية) لا يجري النهر: أي زعم أن النهر له، وليس لذلك الرجل حق فيه. (الكفاية) فإن لم يكن إلخ: يعني بأن لم يكن مستعملاً بإجرائه ماءه فيه، أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر فعليه أي فعلى المدعي البيّنة أن هذا النهر له إن كان يدعي رقة النهر، أو أنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها إن كان يدعي الإجراء في هذا النهر، فإذا أقامها يُقضى له لإثباته بالحجة ملكاً له يعني في الأول، أو حقاً مستحقاً فيه يعني في الثاني، فإن الثابت بالبيّنة العادلة كالثابت معاينة. [العناية ١٨/٩]

وعلى هذا: أي وعلى هذا الحكم المذكور. (البنية) المصبُّ: هو موضع صب الماء أي جريه، ومراده: ما اجتمع من فضلات الماء في سقائه وغيره. (البنية) أو على سطح: أي المصب على سطح، وهو مجرى الميزاب على سطح. (البنية) فحكم الاختلاف إلخ: أي فحكم اختلاف المدعين أو المتخاصمين من هذه الأشياء المذكورة، وفي بعض النسخ فيه أي في كل واحد من هذه الأشياء في المصب والميزاب والممشى. (البنية) فيتقدّر بقدره: أي بقدر الانتفاع؛ لأن الحاجة في ذلك تختلف بقلة الأراضي وبكثرتها، فالظاهر أن حق كل واحد من الشرب بقدر أرضه وقدر حاجته، فالبناء على الظاهر واجب حق تبين خلافه إلخ. [البنية ٣٧٧/١١]

بمخلاف الطريق؛ لأن المقصود التطرُّقُ، وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد، فإن كان الأعلى منهم لا يشرب، حتى يَسْكُرَ النهر: لم يكن له ذلك؛ لما فيه من إبطال حق الباقيين، ولكنه يشرب بحصته، فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته، أو اصطلاحوا على أن يَسْكُرَ كلُّ رجلٍ منهم في نوبته: جاز؛ لأن الحق لهم، إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلَوْحٍ: لا يَسْكُرُ بما ينكس به النهر من غير تراض؛ لكونه إضراراً بهم. وليس لأحدهم أن يكرى منه نهراً أو ينصب عليه رحي ماءٍ إلا برضا أصحابه؛ لأن فيه كسرَ ضِفَّةِ النهر، وشَغْلَ موضعٍ مشتركٍ بالبناء، إلا أن يكون رحي لا يضرّ بالنهر ولا بالماء، ويكون موضعها في أرض صاحبها؛ لأنه تصرف في ملك نفسه،

بمخلاف الطريق: يعني إذا اختصم فيه الشركاء، فإهم يستوون في ملك رقبة الأرض، ولا يعتبر سعة باب الدار وضيقها. (البنية) فإن كان الأعلى: وفي "الأجناس": قال عمرو الطبراني - وهو تلميذ محمد بن شجاع -: زاد محمد ﷺ هذا إذا كان نصيب صاحب أعلى النهر لا يكفيه لجميع أرضه حتى يسكر النهر، فساق كل الماء إليه ليس له ذلك، إلا أن يكون أرض صاحب الأعلى من بقعة لا يصل الماء إليه، إلا أن يتخذ في الماء سكر، وأرباب الأرضين مقرّون أن شربها من هذا النهر، فلهذا لا بد أن يتخذ في النهر سكر حتى يرتفع الماء إليها، وإن رضوا على أن يجعلوا ذلك مقاومة على أن يسكر كل واحد منهم يوماً يسوق الماء كله إلى أرضه جاز. (البنية) لا يشرب: [لارتفاع أرضه، وقلة الماء] أي لا يمكنه أن يسقي أرضه بتمامها إلا بالسكر، وهو من سكرت النهر سكرًا إذا سدّته. [البنية ٣٧٨/١١]

إضراراً بهم: أي بالشركاء، وفي "فتاوى قاضي خان": ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري إلى أرض كل واحد إلا بالسكر، فإنه قيد بأهل الأسفل ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكر ويرجع الماء إلى أراضيهم. (البنية) ويكون موضعها إلخ: بأن يكون بطن النهر وحصاه مملوكاً له، وللآخر حق السيل كذا في "المحيط" و"المبسوط". [البنية ٣٧٩/١١ - ٣٨٠]

ولا ضرر في حق غيره، ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته، وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه، والدالية والسانية نظير الرحي، ولا يتخذ عليه جسراً ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم، بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم، فأراد أن يقنطر عليه، ويستوثق منه: له ذلك، أو كان مقنطراً مستوثقاً، فأراد أن ينقض ذلك، ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه وضعاً ورفعاً، ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء، ويمنع من أن يوسع فم النهر؛ لأنه يكسر ضفة النهر، ^{ذلك الواحد} ^{الخالص لذلك الواحد} ^{حافة النهر} ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء، وكذا إذا كانت القسمة بالكوى،

ولا ضرر إلخ: والمانع من الانتفاع بالماء مع بقاءه على حاله متعنت قاصد للإضرار لغيره لا دافع الضرر عن نفسه، فلا يلتفت إلى تعنته. أن يتغير: لأن فيه تفريغ الماء عن موضعه حتى يصل إلى الرحي. (البنية) والدالية: جذع طويل تركيب مذاق الأزرق، وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها، والسانية البعير يسنى عليه أي يستقى من البئر. [الكفاية ١٩/٩] عليه جسراً: أي على النهر، والجسر: ما يوضع ويرفع عن الألواح والأخشاب، والقنطرة: ما يتخذ من الحجر لا يرفع. وفي "المغرب": القنطرة ما يبنى على الماء المحصور والجسر العام. (البنية) بمنزلة طريق إلخ: أي لا يجوز أن يتصرف أحد فيه. [البنية ٣٨٠/١١] نهر خاص: وهو الذي يكون بحال تجري فيه الشفعة. (البنية) ويستوثق منه: أي يشد جانبي القنطرة من النهر. (الكفاية) ولا يزيد إلخ: أي لا يزيد نقض القنطرة لدخول الماء في النهر الخاص. [الكفاية ١٩/٩] وضعاً ورفعاً: أي من حيث الوضع في صورة البناء، ومن حيث الرفع في صورة النقض. (البنية) وكذا إذا إلخ: أي كذا ليس له أن يوسع الكوة إذا كانت القسمة بالكوى. [البنية ٣٨١/١١] بالكوى: الكوة ثقب البيت، والجمع كوى، وقد يضم الكاف في المفرد والجمع، ويستعار لمفاتيح الماء إلى المزارع والجداول، فيقال: كوى النهر. [الكفاية ١٩/٩]

وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر، فيجعلها في أربعة أذرع منه؛ لاحتباس الماء فيه، فيزداد دخول الماء فيه، بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها: حيث يكون له ذلك في الصحيح؛ لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة، فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة، ولو كانت القسمة وقعت بالكوى، فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام: ليس له ذلك؛ لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه، ولو كان لكل منهم كوى مسمّاة في نهر خاص: ليس لواحد أن يزيد كوة، وإن كان لا يضر بأهله؛ لأن الشركة خاصة، بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر الأعظم؛ لأن لكلّ منهم أن يشقّ نهرًا منه ابتداءً، فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الأولى. وليس لأحد من الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى، ليس لها في ذلك شرب؛ لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه.

فيجعلها إلخ: هذا التقدير اتفاقي، والعبرة للاحتباس، وصورة هذا: إذا كانت الألواح التي فيها الكوة في فم النهر أراد أن يؤخرها عن فم النهر، فيجعلها في وسط النهر، ويدع فوهة النهر بغير لوح كذا في "الذخيرة". (الكفاية) لاحتباس الماء إلخ: أي لاحتباس الماء في رأس النهر واعتاقه، فيجتمع الماء ويزداد دخوله في الكوى أكثر مما كان يدخل. [البنية ٣٨٢/١١] أراد أن يسفل: أي أراد أن يضع الكوة أعمق عما كانت هي في ذلك الموضع، أو يرفعها يعني إلى وجه الأرض. [الكفاية ١٩/٩]

يكون له ذلك: فإنه تصرف في خالص ملكه ليس فيه ضرر لأحد. ليس له ذلك: يعني إذا لم يرض الشركاء بذلك، فإذا رضوا كان له ذلك. (البنية) لأن الشركة خاصة: لأن إحداث التصرف فيما هو مشترك إلا بالإذن من الشركاء. (البنية) النهر الأعظم: كالفرات ودجلة والنيل، حيث لا يمنع أن يزيد في الكوى إذا لم يضر بغيره. [البنية ٣٨٣/١١] يستدل به إلخ: أي يسوق الماء إليه؛ لأنه حقه، وبه قال الشافعي ومالك والقاضي الحنبلي، وعن أحمد في رواية: جاز له ذلك إذا كان على وجه لا يتصرف في حافة النهر، وكذا يجوز أي يهديه أو يهبه. [البنية ٣٨٤/١١]

وكذا إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى، حتى ينتهي إلى هذه الأرض
 الأخرى؛ لأنه يستوفي زيادةً على حقه؛ إذ الأرض الأولى ^{التي لها شرب} تنشّف بعض الماء قبل أن ^{التي لا شرب لها}
 تسقي الأخرى، وهو نظير طريق مشترك إذا أراد أحدهم أن يفتح فيه باباً إلى دار ^{بين قوم}
 أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق، ولو أراد الأعلى
 من الشريكين في النهر الخاص - وفيه كوى بينهما - أن يسدّ بعضها؛ دفعاً لفيض
 الماء عن أرضه كيلا تنسز: ليس له ذلك؛ لما فيه من الضرر بالآخر، وكذا إذا أراد
 أن يقسم الشرب مناصفة بينهما؛ لأن القسمة بالكوى تقدمت، إلا أن يتراضيا؛

إذا أراد: وذكر خواهر زاده: إذا ملأ الأرض الأولى من الماء، وسد فوهة النهر، له أن يسقي الأرض الأخرى
 من هذا الماء؛ لأنه حينئذ لم يستوف زيادةً على حقه، وإن لم يسد فوهة النهر ليس له ذلك. [الكفاية ١٩/٩]
 وهو نظير إخ: ووجه كونه نظيراً هو أنه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب، ويزيد في
 الطريق من المارة من ليس له حق في المرور، يعني: إذا كان له داران متلازقان، وهو يسكن إحدهما،
 والأخرى يسكنها غيره، وعمر الدار التي هو يسكنها في طريق مشترك، فأراد أن يفتح باباً للدار الأخرى إلى
 هذا ليس له ذلك. (الكفاية) ساكنها غير ساكن: قيد به؛ لأنه لو كان ساكن الدارين واحداً كان له أن
 يفتح باباً إلى الدار الأخرى؛ لأنه متى كان ساكن الدارين واحداً لا يزداد المار. [الكفاية ٢٠/٩]
 من الضرر إخ: بسد الكوى، وهو فعل صاحب الأعلى، وليس لأحد الشريكين أن يتصرف في المشترك
 على وجه يلحق الضرر شريكه، وضرر النز لا يلحقه بفعل صاحب الأسفل، بل يكون أرضه في أعلى
 النهر، وبمقابلة هذا الضرر له منفعة إذا قل الماء. [الكفاية ٢٠/٩] مناصفة بينهما: وهو أن يقول لشريكه:
 اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه، فإذا كان في حصتي سددت ما بدا لي منها، وأنت في حصتك فتحت
 كلها، فليس له ذلك؛ لأن القسمة قد تمت بينهما مرة، فلا يكون لأحدهما أن يطالب بقسمة أخرى، وفي
 القسمة الأولى الانتفاع بالماء يستدام، وفيما يطالب هذا به يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء في بعض
 المدة، وربما يضر ذلك لصاحب الأسفل. [الكفاية ٢٠/٩]

لأن الحق لهما، وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك، وكذا لورثته من بعده؛ لأنه إعاره الشرب، فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة، والشرب مما يورث، ويوصى بالانتفاع بعينه، بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز هذه العقود إما للجهالة، أو للغرر، أو لأنه ليس بمالٍ متقوم، حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره، وإذا بطلت العقود، فالوصية بالباطل باطلة.

وكذا لورثته إلخ: أي وكذا لهم أن ينقضوا ذلك؛ لأنهم خلفاؤه في ذلك. (البنية) لأنه إعاره: لأن هذا الفعل إعاره يعني كل واحد منهما يعير لصاحبه نصيبه من الشرب. [البنية ٣٨٦/١١] باطلة: لأنه بيع الجنس بالجنس نسيئة؛ لأن ماء الغد لا يكون موجوداً اليوم، والجنس بانقراضه يحرم النساء، ولأنه بيع المعدوم؛ لأن الماء معدوم في النهر في الحال، ولأنه مجهول القدر، ولأن معاوضة الشرب بمال معلوم لا تجوز فبمجهول أولى، ولأن فيه غرراً، فإنه مجهول لا يدري أن الماء يجري في الوقت الثاني أم لا؟. [الكفاية ٢٠/٩] مما يورث: لأن الورثة يقومون مقام المورث في أملاكه وحقوقه، وقد يملك لغيره بالإرث ما لا يملك من أسباب الملك كالقصاص والدين والخمر. (الكفاية) ويوصى بالانتفاع: قيد الإيصاء بالانتفاع بعين الشرب؛ احترازاً عن الإيصاء ببيع الشرب، فإن ذلك باطل على ما ذكر في الكتاب. (الكفاية) والوصية بذلك: أي وبخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقته وهبته، فإن ذلك لا يصح كما لا يصح بيعه وهبته. [الكفاية ٢٠/٩] للجهالة: [فإنه غير معلوم القدر] أي كان الماء مجهولاً، ولا يصير معلوماً إلا بالإشارة، أو الكيل، أو الوزن، ولم يوجد شيء منها، فكان مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة. (البنية) أو للغرر: فإنه على خطر الوجود؛ لأن الماء يجيء وينقطع. (البنية) ليس بمالٍ متقوم: لأن الشرب عبارة عن النصيب من الماء، والماء لا يملك قبل الإحراز. (البنية) حتى لا يضمن إلخ: يعني من لا شرب له من هذا النهر إذا سقى أرضه بشرب غيره لا يضمن، ولو كان مملوكاً ضمن، وإذا لم يكن مملوكاً قبل الإحراز لا يجوز بيعه، وذكر شيخ الإسلام خواهرزاده رحمته الله من مشايخ بلخ كأي بكر الإسكاف ومحمد بن سلمة وغيرهما: يجوز، وفي بيع الشرب يوم أو يومين؛ لأن أهل بلخ تعاملوا بذلك، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع، وكان الفقيه أبو جعفر وأستاذه أبو بكر البلخي لا يجوزان ذلك، وقالوا: هذا تعامل أهل بلدة واحدة، والقياس يترك بتعامل البلاد كلها كما في الاستصناع، ولا يترك بتعامل أهل بلدة واحدة. [البنية ٣٨٧/١١]

وكذا لا يصلح مسمى في النكاح، حتى يجب مهر المثل، ولا في الخلع حتى يجب ردُّ ما قبضت من الصداق؛ لتفاحش الجهالة، ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى؛ لأنه لا يملك بشيء من العقود، ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال حياته، وكيف يصنع الإمام؟ الأصح: أن يضمه إلى أرض لا شرب لها فيبيعهما بإذن صاحبها، ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه، فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين،

لا يصلح مسمى إلخ: يعني إذا تزوج الرجل امرأة على شرب بغير أرض، فالتكاح جائز، وليس لها من الشرب شيء؛ لأن الشرب بدون الأرض لا يحتمل التملك بعقد المعاوضة. [الكفاية ٢٠/٩-٢١] مهر المثل: لعدم صحة التسمية. (البنية) ولا في الخلع: يعني لو اختلعت امرأة من زوجها على شرب بغير أرض كان باطلاً لا يكون له من الشرب شيء، ولكن الخلع صحيح، وعليها أن ترد المهر الذي أخذت؛ لأنها اختلعت الزوج بهذه التسمية فيما هو مرغوب فيه، فتصير غارة بهذه التسمية، والغرور في الخلع يلزمها رد ما قبضت كما لو اختلعت على ما في بيتها من المتاع، فإذا ليس في بيتها شيء. [الكفاية ٢١/٩] لتفاحش الجهالة: يعني في الشرب، وهذا يرجع إلى الكل. (البنية) ولا يصلح إلخ: يعني إذا جعله بدل الصلح، فالمدعي على دعواه إذا لم يكن عن قصاص، فإن كان فعلى القاتل الدية، وأرش الجراحة. [العناية ٢٠/٩-٢١] لأنه لا يملك: أي لأن الشرب لا يملك بشيء من العقود، أي لأن الشرب لا يملك بشيء من الصلح متى وقع على خلاف الجنس كان فيه معنى البيع، وبيع الشرب بلا أرض لا يجوز، وكذا الصلح عليه بدون أرض، فإن كان المدعي قد شرب من ذلك الشرب سنة أو سنتين فلا ضمان عليه. [البنية ٣٨٨/١١] حال حياته: أي كما لا يجوز بيعه بدون أرض في حياة صاحبه. (البنية) الأصح: أن يضمه إلخ: وقيل: يتخذ حوضاً، ويجمع فيه ذلك الماء في كل نوبة، ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض بثمن معلوم، فيقضي به الدين. [الكفاية ٢١/٩] فيصرف التفاوت إلخ: فإن كان يشتري مع الشرب بمائة وخمسين، وبدون الشرب يشتري بمائة، يعرف أن قيمة الشرب خمسون درهماً، فيصرف الخمسون إلى الدين. [البنية ٣٨٩/١١]

وإن لم يجد ذلك اشترى على تَرْكَةِ المَيِّتِ أرضاً بغير شرب، ثم ضَمَّ الشَّربَ إليها وباعهما، فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض، ويصرف الفاضل إلى قضاء الدين. وإذا سقى الرجلُ أرضه، أو مَخَرَّها ماءً أي: ملأها، فسال من مائها في أرض رجل، فغرقها، أو نَزَّتْ أرضُ جاره من هذا الماء: لم يكن عليه ضمانُها؛ لأنه غير متعَدٍّ فيه، والله أعلم.

وباعهما: أي الأرض والشرب جميعاً. (البنية) ويصرف الفاضل إلخ: أي يصرف الفاضل من ثمن الأرض إلى أرباب الديون. (البنية) أو مَخَرَّها: وفي "الصحيح": مَخَرَّتْ الأرض إذا أرسلت فيها الماء، وفي "ديوان الأدب": مَخَرَّتْ السفينة الماء أي: سفينة يجريها. [البنية ٣٨٩/١١]

غير متعَدٍّ فيه: [أي في السقي والمخر] وهذا لأن كون الفعل علة للشيء إنما يعرف بالأثر اللازم له، والأثر اللازم لفعله اجتماع الماء في أرضه، وإنما صارت أرض جاره ذات نز بالشرب والاجتذاب، وهو أمر اتفاقي قد يكون وقد لا يكون، فلا يضاف إلى فعله، إلا أنه لو لا فعله لما حصل هذا الفساد، فصار فعله في حق هذا الأثر سبباً محضاً، والمسبب إنما يضمن إذا تعدى كحافر البئر وواضح الحجر، وفعله في أرضه مباح، فلم يضمن، قالوا: هذا إذا سقى أرضه سقياً معتاداً يتحمل عادة، أما إذا سقى سقياً لا تتحمل أرضه فيضمن؛ لأنه أجرى الماء إلى أرض جاره تقديراً. [الكفاية ٢١/٩]

كتاب الأشربة

سُمِّيَ بها، وهي جمع شراب؛ لما فيه من بيان حكمها. قال: والأشربة المحرمة أربعة: الخمر وهي عصير العنب إذا غلى واشتدَّ، وقذف بالزبد. والعصير إذا طُبِخَ عصير العنب حتى يذهب أقل من ثلثه، وهو الطلاء المذكور في "الجامع الصغير". ونقيع التمر وهو السكر، ونقيع الزبيب إذا اشتدَّ وغلى، أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع. أحدها: في بيان ماهيتها، وهي: النبي من ماء العنب إذا صار مُسْكِرًا، وهذا عندنا، وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم. وقال بعض الناس: هو اسم لكل مسكر؛ لقوله عليه السلام: "كل مسكر خمر"، وقوله عليه السلام: "الخمر من هاتين الشجرتين"،**

كتاب الأشربة: قال جمهور الشراح: ذكر الأشربة بعد الشرب؛ لأنهما شعبتا عرق واحد لفظاً ومعنى، وقصد بعض الفضلاء حمل مرادهم بعرق واحد لفظاً ومعنى، فقال: العرق اللفظي: ظاهر، وهو الشرب مصدر شرب، والعرق المعنوي لعله الأرض، فإن كلا منهما يخرج منه إما بالواسطة أو بدونها. [نتائج الأفكار ٢٢/٩] سُمِّيَ بها إلخ: أي سمي هذا الكتاب بها؛ لأن فيه بيان أحكامها كما سمي كتاب البيوع والحدود؛ لما فيه بيان أحكامها، والأصول التي يتخذ فيها الأشربة هي العنب والزبيب والتمر والحبوب كالحنطة والشعير والأرز والدخن والفواكه كالأجاص والفرصاد والشهد والفانيد والألبان. [الكفاية ٢٢/٩] واشتدَّ: المراد بالاشتداد: كونه صالحاً للإسكار. (الكفاية) ونقيع التمر: أي الثالث من الأشربة المحرمة نقيع التمر. (البنية) ماهيتها: أي ماهيتها في اصطلاح الفقهاء. (البنية) بعض الناس: أي من علماء الفقه، وأراد بهم الأئمة الثلاثة وأصحاب الظاهر. [البنية ٣٩٣/١١]

*أخرجه مسلم عن أيوب السخيتاني عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: "كل مسكر خمر وكل مسكر حرام". [رقم: ٢٠٠٣، باب بيان أن كل مسكر خمر، وأن كل خمر حرام]
**أخرجه الجماعة إلا البخاري. [نصب الراية ٢٩٥/٤] أخرجه مسلم في "صحيحه" عن يزيد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: الخمر من هاتين الشجرتين: "النخلة والنعنة". [رقم: ١٩٨٥، باب بيان أن جمع ما ينبذ مما يتخذ من النخل من العنب يسمى خمرًا]

وأشار إلى الكرم والنخلة، ولأنه مشتق من مخامرة العقل، وهو موجود في كل مسكر. ولنا: أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه، ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره، ولأن حرمة الخمر قطعية، وهي في غيرها ظنية، وإنما سمي خمرًا لتخمره لا لمخامرته العقل، على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصًا فيه، فإن النجم مشتق من النجوم وهو الظهور، ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر، وهذا كثير النظر، والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين رحمته الله. والثاني: أريد به بيان الحكم؛ إذ هو اللائق بمنصب الرسالة، والثاني في حق ثبوت هذا الاسم، وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمته الله، وعندهما: إذا اشتد صار خمرًا،

ولأنه مشتق إلخ: مثل هذا يجوز كما ذكر في الوجه أنه من المواجهة، واليم من اليمم. [الكفاية ٢٣/٩] اسم خاص: أي اسم مخصوص للشيء من ماء العنب إذا صار مسكرًا حقيقة باتفاق أهل اللغة قوله فيما ذكرناه في الشيء من ماء العنب. [البنية ٣٩٤/١١-٣٩٥] ولهذا: أي ولأجل استعمال الخمر في الشيء من ماء العنب إذا صار مسكرًا. (البنية) حرمة الخمر إلخ: يعني لا يصلح أن يصرف تحريمها إلا إلى عين ثبت الحرمة في تلك العين قطعاً، وغير الشيء ليست بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه. [الكفاية ٢٣/٩] وإنما سمي إلخ: هذا جواب عن قولهم: لأنه مشتق من مخامرة العقل يعني: لا نسلم أنه مشتق من المخامرة بل هو مشتق من التخمر، وهو الشدة والقوة، فإن بها شدة قوة ليست بغيرها حتى سميت أم الخبائث. [البنية ٣٩٥/١١] من النجوم: يعني مشتق من نجم إذا ظهر. (البنية) كثير النظر: كالتقارورة مشتق من القرار، ولا يستعمل في الكوز وإن وجد فيه القرار، وأنظاره كثيرة. [العناية ٢٥/٩] والحديث الأول: أراد به قوله ﷺ: "كل مسكر خمر". (البنية) والثاني: أي والحديث الثاني، وهو قوله ﷺ: "الخمر من هاتين الشجرتين". (البنية) بيان الحكم: أي الحرمة لا بيان الحقيقة، وفيه نزاع. [البنية ٣٩٦/١١] في الكتاب: وهو ما ذكر في القدوري بقوله: وهو عصير العنب إذا غلا واشتد، وقذف بالزبد. [الكفاية ٢٦/٩]

ولا يشترط القذف بالزبد؛ لأن الاسم يثبت به، وكذا المعنى المحرم، وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد. ولأبي حنيفة رحمته الله: أن الغليان بداية الشدة، وكمالها بقذف الزبد وسكونه؛ إذ به يتميز الصافي من الكدير، وأحكام الشرع قطعية، فتناط بالنهاية كالحذ، وإكفار المستحل وحرمة البيع، وقيل: يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً. والثالث: أن عَيْنُهَا حرام غير معلول بالسكر، بعض المشايخ ولا بالإسكار، ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال: إن السكر منها حرام؛ لأن به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى، وهذا كفر؛ لأنه جحود الكتاب، فإنه تعالى سَمَاءُ رَجَسًا، والرجس ما هو محرّم العين، وقد جاءت السنة متواترة، أن النبي صلوات الله عليه حرّم الخمر، *

الاسم يثبت: أي إنما يثبت هذا الاسم، لكونه مسكراً مخامراً للعقل، وإذا باعتبار صفة الاشتداد؛ إذ هو المؤثر في إيقاع العداوة، والصد عن ذكر الله تعالى باعتبار اللذة المطربة والقوة المسكرة. [الكفاية ٢٦/٩] يتميز الصافي إلخ: لأن أسفله يصير أعلاه، فيميز فائقه من كدره. (البنية) وأحكام الشرع إلخ: أي أمهات أحكام الشرع قطعية لا مجال للظن والاحتمال فيه. [البنية ٣٩٨/١١] غير معلول بالسكر: أي عينها حرام لا أن يكون حراماً لكونه مسكراً، ولهذا لا يتوقف على السكر، بل قطرة منها حرام. [الكفاية ٢٧/٩] وهذا: أي إنكار حرمة عينها. (الكفاية) رجساً: قال الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾. [الكفاية ٢٧/٩] والرجس ما هو: يعني الرجس اسم للحرام النجس عيناً بلا شبهة، ودليله قوله تعالى: ﴿أَوْ لَحْمِ خِنْزِيرٍ﴾. [البنية ٣٩٩/١١] جاءت السنة إلخ: معناه: جاء عن النبي صلوات الله عليه في الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر، وكل واحد منها وإن لم يبلغ حد التواتر، فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة علي رضي الله عنه، وجود حاتم، ويسمى هذا التواتر بالمعنى. [العناية ٢٧/٩]

*الأحاديث في تحريم الخمر منها: ما أخرجه البخاري ومسلم عن ثابت عن أنس بن مالك رضي الله عنه. [نصب الراية ٢٩٦/٤] أخرج البخاري في "صحيحه" عن أنس رضي الله عنه كنت ساقى القوم في منزل أبي طلحة وكان خمرهم يومئذ الفضيخ، فأمر رسول الله صلوات الله عليه منادياً ينادي: ألا أن الخمر قد حرمت، قال: فقال لي أبو طلحة رضي الله عنه: =

وعليه انعقد الإجماع، ولأن قليله يدعو إلى كثيره، وهذا من خواص الخمر، ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه، بخلاف سائر المطعومات، ثم هو غير معلول عندنا، حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المُسكِرات، والشافعي رحمه الله يُعَدِّيهِ إليها، وهذا بعيد؛ لأنه خلاف السنّة المشهورة، وتعليه لتعديّة الاسم، والتعليل في الأحكام لا في الأسماء. والرابع: أنها نجسة نجاسة غليظة، كالْبَوْل؛ لشوقها بالدلائل القطعية على ما بيناه. والخامس: أنه يكفر مستحلّها؛ لإنكاره الدليل القطعي.

وهذا: يعني دعاء القليل إلى الكثير، قال في "المبسوط": ما من طعام وشراب إلا ولذته في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء إلا الخمر، فإن اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها. [العناية ٢٧/٩]

سائر المطعومات: لو قال: سائر المسكرات، أو قال: بخلاف سائر المشروبات لكان أولى؛ لأنه يريد الفرق بين الخمر وسائر المسكرات لا بينها وبين سائر المطعومات؛ لأنه ساق كلامه في جواب الشافعي رحمه الله، وقد عدّى الشافعي رحمه الله حكم الخمر إلى سائر المسكرات لا إلى سائر المطعومات. ثم هو: أي النص الوارد في الخمر. (الكفاية) يعديه إليها: أي جعل الحرمة الثابتة في الخمر معلولة بالمخامرة، فعدى حكمها إلى غيرها من المسكرات، حتى أوجب الخد بشرب قطرة من الباذق قياساً على الخمر. [الكفاية ٢٨/٩]

لأنه إلخ: أي لأن تعليل الشافعي يخامر العقل خلاف السنّة المشهورة، وهي: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه، ومرفوعاً: "حرمة الخمر لعينها، والسكر من كل شرب". [البنية ٤٠٣/١١]

لتعديّة الاسم: فإنه يثبت اسم الخمر لسائر الأشربة بمعنى المخامرة، ثم يثبت حكم الخمر في سائر الأشربة، فهذا تعليل لتعديّة الاسم، وتعليل لتعديّة الأحكام لا الأسماء؛ لأن وضع اللغة ليس بقياس، وأنه توقيفي. [الكفاية ٢٨/٩] على ما بيناه: أشار به إلى قوله: سناه رجساً، فكان كالْبَوْل والدم المسفوح. (البنية)

= اخرج فأهرقها فخرجت فهرقتها فجرت في سكك المدينة، فقاتل بعض القوم: قد قتل قوم وهي في بطونهم، فأنزل الله: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعُمُوا﴾ الآية. [رقم: ٢٤٦٤، باب صب الخمر في الطريق]

والسادس: سقوط تقوُّمها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها، ولا يجوز بيعها؛ لأن الله تعالى لما نجَّسها فقد أهانها، والتقوُّم يُشعر بعزَّتها، وقال عليه: "إن الذي حرَّم شُرْبُهَا حرَّم بَيْعَهَا وَأَكْلَ ثَمَنِهَا"،* واختلفوا في سقوط ماليتها، والأصح: أنه مال؛ لأن الطُّبَّاع تميل إليها وتضمنُ بها، ومن كان له على مسلم دينٌ، فأوفاه ثمن خمر لا يحلُّ له أن يأخذه، ولا لمديون أن يؤدِّيه؛ لأنه ثمنٌ بيع باطلٍ، وهو غصب في يده، أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة، ولو كان الدينُ على ذميٍّ، فإنه يؤدِّيه من ثمن الخمر، والمسلم الطالب يستوفيه؛ لأن بيعها فيما بينهم جائز. والسابع: حرمة الانتفاع بها؛ لأن الانتفاع بالنَّجس حرام، ولأنه واجب الاجتناب، وفي الانتفاع به اقتراب. والثامن: أن يُحدَّ شاربُها وإن لم يسْكُر منها؛ لقوله عليه: "من شرب الخمر فاجلدوه،

لا يضمن متلفها: بالإجماع، قالوا: عدم الضمان في إتلافها لا يدل على إباحة إتلافها. [البنية ٤٠٧/١١] والتقوُّم إلخ: معنى قولنا: إن الشيء متقوم: أنه مما يجب إيفاءه إما بعينه، أو بمالته، وهي القيمة القائمة مقامه، فيكون ذلك إشعاراً بعزته. [الكفاية ٢٨/٩-٢٩] وهو غصب: أي هذا الثمن غصب في يده، وعلى قول أبي سعيد البردعي؛ لأنه أخذه بغير إذن الشرع، وأمنتهم على مذهب الطواويس؛ لأنه أخذه برضا صاحبه. [البنية ٤٠٨/١١-٤٠٩] اختلفوا فيه: أي في ثمن البيع الباطل على ما ذكرناه. (البنية) الانتفاع بها: يريد به التداءي بالاحتقان، وسقي الدواب والإقطار في الإحليل. [العناية ٢٩/٩]

*تقدم في المسائل المنشورة من البيوع. [نصب الراية ٢٩٩/٤] أخرجه مسلم في "صحيحه" قال ابن عباس رضي الله عنهما: إن رجلاً أهدى لرسول الله ﷺ راوية خمر، فقال له رسول الله ﷺ: "هل علمت أن الله تعالى قد حرَّمها؟" قال: لا، فسارَّ إنساناً، فقال له رسول الله ﷺ: "تم ساررت؟" فقال: أمرته ببيعها، فقال: "إن الذي حرَّم شرها حرم بيعها". [رقم: ١٥٧٩، باب تحريم بيع الخمر]

فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه"،* إلا أن حكم القتل قد انتسخ، فبقي الجلد مشروعاً، وعليه انعقد إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وتقديره الجلد ما ذكرناه في الحدود. والتاسع: أن الطَّبْخ لا يؤثر فيها؛ لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها، إلا أنه لا يُحَدُّ فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا؛ لأن الحدَّ بالقليل في النِّئى خاصة؛ لما ذكرناه، وهذا قد طبخ. والعاشر: جواز تخليلها، وفيه خلاف الشافعي رحمته، وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى، هذا هو الكلام في الخمر. وأما العصير: إذا طبخ حتى يذهب أقلُّ من ثلثيه، وهو المطبوخ أدنى عصير العنب طبخة، ويسمى الباذق،

قد انتسخ: أي بقوله عليه السلام: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى معان ثلاث". (الكفاية) وعليه انعقد: أي على أنها حرام ويحد بشرب قليلها كذا قال الكاكي... والصواب أن يقال: أي وعلى الجلد انعقد الإجماع من الصحابة؛ لأن بيان انعقاد الإجماع تحريمها فيما قضى من قريب. [البنية ٤١٢/١١] لا يؤثر فيها: أي في الخمر بعد أن صار حمراً، يعني أن الخمر إذا طبخت حتى ذهب ثلثاه لا يحل. [البنية ٤١٤/١١] لا لرفعها: لأن أثر الطبخ في إزالة صفة الإسكار، والخمر حرام وموجب للحد بعينها لا للإسكار. (البنية) على ما قالوا: قال شيخ الإسلام خواهر زاده: لم يذكر محمد أنه إذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد، ثم قال: ويجب أن لا يجب عليه الحد؛ لأنه ليس بخمر لغة، فإن الخمر لغة هو النِّئى من ماء العنب، وهذا ليس بنِّئى. (العناية) لما ذكرناه: أي قليله يدعو إلى كثيره. [الكفاية ٢٩/٩] من بعد: يعني في آخر هذا الباب. (البنية) ويسمى الباذق: عصير عنب طبخ أدنى طبخة فصار شديداً. [البنية ٤١٦/١١]

*تقدم في الحدود. [نصب الراية ٢٩٩/٤] رواه أبو داود في "سننه" عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلوات الله عليه: "إذا سكر فاجلدوه، ثم إن سكر فاجلدوه، ثم إن سكر فاجلدوه، فإن عاد الرابعة فاقتلوه". [رقم: ٤٤٨٤،

باب إذا تتابع في شرب الخمر]

والمنصف - وهو ما ذهب نصفه بالطبخ - فكل ذلك حرام عندنا إذا غلى واشتد، وقذف بالزبد، أو إذ اشتد على الاختلاف. وقال الأوزاعي: إنه مباح، وهو قول بعض المعتزلة؛ لأنه مشروب طيب، وليس بخمر. ولنا: أنه رقيق مُلْدٌ مُطْرَبٌ، ولهذا يجتمع عليه الفُسَّاق، فيُحَرِّمُ شَرْبُهُ؛ دفعاً للفساد المتعلق به. وأما نقيع التمر - وهو السَّكْر، وهو النبی من ماء التمر أي: الرطب - فهو حرام مكروه. وقال شريك بن عبد الله: إنه مباح؛ لقوله تعالى: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ امتنَّ علينا به، وهو بالمحرم لا يتحقق. ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم، * ويدل عليه ما روينا من قبل، الامتنان

والمنصف: قال في "غاية البيان": قوله: والمنصف يجوز أن يكون بالنصب وهو الأوجه عطفاً على قوله: الباذق أي يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق، ويسمى المنصف أيضاً. [نتائج الأفكار ٢٩/٩] الاختلاف: المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه رضي الله عنهم في اشتراط القذف بالزبد. [البنية ٤١٦/١١] أي الرطب: قال جمهور الشراح: وإنما فسر التمر بالرطب؛ لأن المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهم على ما سيحيى. [نتائج الأفكار ٣٠/٩] حرام مكروه: قال عامة الشراح: أردف الحرام بالكراهة إشارة إلى أن حرمة ليست كحرمة الخمر؛ لأن مستحل الخمر يُكْفَر، ومستحل غيرها لا يكفر. [نتائج الأفكار ٣١/٩] منه سكرًا: بيان وكشف عن كيفية الإسقاء. والسكر: النبيذ: وهو خمر التمر، والرزق الحسن: الدبس والخل والتمر والزبيب وغير ذلك، والرزق الحسن شرعاً: ما هو حلال، وحكم المعطوف والمعطوف عليه واحد؛ لأن الآية لبيان الإمتنان، ويجوز أن يجعل السكر رزقاً حسناً كأنه قيل: تتخذون ما هو سكر ورزق حسن. [البنية ٤٢١/١١] ما روينا: يعني قوله عليه السلام: "الخمر من هاتين الشجرتين"، وأشار إلى الكرمة والنخلة. [العناية ٣١/٩]

* روى عبد الرزاق في "مصنفه" أخبرنا الثوري عن منصور عن أبي وائل قال: اشتكى رجل منا بطنه فنعت له السكر، فقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: إن الله لم يكن ليجعل شفاءكم فيما حرم عليكم. [رقم: ١٧٠٩٧، باب التداوي بالخمر]

والآية محمولة على الابتداء؛ إذ كانت الأشربة مباحة كلها، وقيل: أراد به التوبيخ،
معناه-والله أعلم-: تتخذون منه سكرًا وتَدْعُونَ رزقًا حسنًا. وأما نقيع الزبيب-
وهو النبي من ماء الزبيب- فهو حرامٌ إذا اشتد وغلَى، ويتأتى فيه خلاف
الأوزاعي، وقد بينا المعنى من قبل، إلا أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر
التي لا يُكْفَرُ مستحلُّها، ويكفر مستحلُّ الخمر؛ لأن حرمتها اجتهادية، وحرمة
الخمر قطعية، ولا يجب الحدُّ بشربها حتى يسكر، ويجب بشرب قطرة من الخمر،
ونجاستها خفيفة في رواية، وغلظة في أخرى، ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة،
ويجوز بيعها، ويضمَّنُ مُتْلِفُها عند أبي حنيفة . . . خلافاً لهما فيهما؛ لأنه مالٌ متقومٌ
لكنه يكره البيع والضمان

على الابتداء: لأنها مكية، وحرمة الخمر بالمدينة، وهذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان كما قال
الخصم، وقيل: أراد به التوبيخ، معناه: أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرًا حرامًا، وتدعون رزقًا
حسنًا. [البنية ٣١/٩] نقيع الزبيب: وقيد بنقيع الزبيب؛ لأنه نبيذ الزبيب، وهو الذي طبخ أدنى طبخة،
يحل شربه إلى السكر عند أبي حنيفة وأبي يوسف . . . كالثلاث العني عندهما. (البنية) دغلي: أي غلى
بنفسه لا بالنار. (البنية) بينا المعنى إلخ أشار به إلى قوله: إنه رقيق ملذ، مطرب. إلخ. [البنية ٤٢٤/١١]
هذه الأشربة: يعني الباذق، والمنصف، ونقيع الزبيب، ونقيع التمر. (البنية) رزقًا حسنًا: ففي رواية
الغليظة تمنع ما زاد على الدرهم، وفي رواية الخفيفة لا تمنع إلا الكثير الفاحش. خلافاً لما في رواية
لأبي يوسف ومحمد . . . في البيع والإتلاف. [البنية ٤٢٥/١١] مالٌ متقومٌ: أقول: فيه نظر، أما أولاً؛
فلأنهم صرحوا بأن معنى تقوم المال إباحة الانتفاع به شرعاً، وسيجيء التصريح عن قريب، بأن هذه
الأشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه، فكيف يتصور تقوم فيها، وأما ثانياً؛ فلأن الدلالة القطعية إنما
تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل، ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يوجب العلم
ولا يوجب علم اليقين، بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في علم
الأصول، وما نحن فيه من العمليات، فينبغي أن يكتفي فيه بمجرد غلبة الظن. [نتائج الأفكار ٣١/٩-٣٢]

وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقوُّمها، بخلاف الخمر، غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عُرِف، ولا يُسْتَفَع بها بوجه من الوجوه؛ لأنها محرمة، وعن أبي يوسف رحمته الله أنه يجوز بيعها إذا كان الذهاب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين. وقال في "الجامع الصغير": وما سوى ذلك من الأشربة، فلا بأس به، قالوا: هذا الجواب على هذا العموم، والبيان لا يوجد في غيره، وهو نصّ على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة رحمته الله ولا يحدّ شاربه عنده وإن سكر منه، ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم، ومن ذهب عقله بالبنج ولَبِن الرِّمَّاء.

بخلاف الخمر: فإنه لا يجوز بيع الخمر ولا يضمن متلفها. يجب قيمتها: أي قيمة هذه الأشربة عند الإتلاف. (البنية) على ما عُرِف: أي أن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام، فلا يكون مأموراً بإعطاء المثل. [الكفاية ٣٢/٩] لأنها محرمة: أقول: في التعليل بحث؛ إذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به، ألا يرى أن السارقين نجس العين محرم تناول قطعاً مع أنه مما ينتفع به حيث يلقي في الأراضي لاستكثار الربيع، ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية. [نتائج الأفكار ٣٢/٩] وعن أبي يوسف رحمته الله إله: أقول: لا يذهب عليك أن حق هذه الرواية أن تذكر قبل قوله، ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه؛ لأنها من شعب جواز بيع هذه الأشربة، وقوله: ولا ينتفع بها إلى آخره مسألة مستقلة دخلت في البين كما ترى. [نتائج الأفكار ٣٢/٩] وقال في "الجامع الصغير" إله: أورد رواية "الجامع الصغير"، وهي قوله: ما سوى ذلك من الأشربة، أي ما سوى المذكور، وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء، وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور في "الجامع الصغير" لا يوجد في غيره. [العناية ٣٢/٩] قالوا: أي قال شراح "الجامع الصغير" مثل فخر الإسلام وغيره. (البنية) على هذا العموم: يعني في جميع الأشربة غير المستثناة. (البنية) ومن ذهب عقله إله: قال شيخ الإسلام خواهرزاده رحمته الله في شرحه: أكل قليل السقمونيا والبنج مباح للتداوي، وما زاد على ذلك إذا كان يقتل، أو يذهب العقل حرام. (البنية) ولَبِن الرِّمَّاء: أي وبمنزلة من ذهب عقله بلبن الرِّمَّاء، وهو جمع رمكة، وهي الأنتى من الخيل. [البنية ٤٢٨/١١]

وعن محمد رحمته: أنه حرام، ويحدُّ شاربه إذا سكر منه، ويقع طلاقه إذا سكر منه زجره كما في سائر الأشربة المحرمة. وقال فيه أيضاً: وكان أبو يوسف رحمته يقول: ما كان من الأشربة يسبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد، فإنني أكرهه، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رحمته، وقوله الأول مثل قول محمد رحمته: إن كل مسكر حرام، إلا أنه تفرد بهذا الشرط، ومعنى قوله: "يلغ" يغلي ويشتد، ومعنى قوله: "ولا يفسد" لا يحمض، ووجهه: أن بقاء هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدة، فكان آية حرمة، ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما * وأبو حنيفة رحمته يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم أصل شربه، وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره إن شاء الله تعالى، وأبو يوسف رحمته رجع إلى قول أبي حنيفة رحمته.

أنه حرام: أي ما سوى ذلك من الأنبذة كالمخذ من الحنطة والشعير وأمثاله، ويحد شاربه. (الكفاية) إلا أنه تفرد إلخ: فالحاصل: أن أبا يوسف رحمته كان يقول أولاً مثل قول محمد رحمته: إن كل مسكر حرام، لكنه وحده شرط أن لا يفسد بعد ما يبلغ عشرة أيام، فهاتان مسألتان: إحداهما: أن كل مسكر حرام عند محمد وأبي يوسف رحمتهما أولاً، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رحمته، والثانية: أن الأشربة نحو السكر، ونقيع الزبيب إذا غلى واشتد حرام عندهما، وعند أبي يوسف رحمته كذلك، ولكن بشرط أن يبقى بعد عشرة أيام، ولا يفسد أي لا يحمض، ثم رجع إلى قولهما. [الكفاية ٣٢/٩]

الذي ذكرناه: وهو الغليان والشدة والقذف بالزبد فيما يحرم أصل شربه، وهو الخمر، وفيما يحرم السكر منه، وهو نبذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة، يعني كما أن الخمر لا يثبت الألوان يثبت على هذا الحد من الغليان والاشتداد، والقذف بالزبد، كذلك لا يثبت كون السكر من هذين الشرايين حراماً، إلا بثبوت هذا الحد فيهما، وهو الغليان والاشتداد، والقذف بالزبد. [الكفاية ٣٣/٩]

* غريب، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا وكيع عن علي بن مالك عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: النبيذ الذي بلغ فسد، وأما ما ازداد على طول الترك جودة، فلا خير فيه. [نصب الراية ٢٩٩/٤]

فلم يحرم كل مسكر، ورجع عن هذا الشرط أيضاً. وقال في "المختصر": ونبيذ
 التمر والزبيب إذ طُبِخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلالاً، وإن اشتد إذا شرب
 منه ما يغلب على ظنه أنه لا يُسكره من غير هو ولا طرب، وهذا عند أبي حنيفة
 وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد والشافعي رحمهما الله حرام، والكلام فيه كالكلام في المثلث
 العنب، ونذكره إن شاء الله تعالى. قال: ولا بأس بالخلطين؛ لما روي عن ابن زياد أنه
 قال: سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت أهتدي إلى منزلي، فغدوت إليه من الغد،
 فأخبرته بذلك، فقال: ما زدناك على عجوة وزبيب،* وهذا نوع من الخلطين، وكان
 مطبوخاً؛ لأن المروي عنه حرمة نقيع الزبيب، وهو النّبي منه، وما روي: أنه عليه السلام
 عن الجمع بين التمر والزبيب، والزبيب والرطب، والرطب والبسر**

ولا بأس بالخلطين: وهو أن يجمع بين ماء التمر وماء الزبيب، ويطحخ أدنى طبخة، ويترك إلى أن يغلي ويشد
 كذا في "الأوضح". (الكفاية) سقاني ابن عمر إلخ: وابن عمر كان معروفاً بالزهد والفقہ بين الصحابة، فلا يظن
 به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه، أو يشربه ما كان حراماً، وهذا يفيد أن المتخذ من العجوة والزبيب حلال
 وإن اشتد، وصار مسكراً؛ لأن الذي سقاه كان مسكراً، ألا ترى إلى قوله: ما كدت أهتدي إلى أهلي وكان
 مطبوخاً؛ لأن المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النّبي منه. [الكفاية ٣٣/٩] عجوة: نوع من أجود التمر.

* رواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار" أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله عن سليمان الشيباني عن ابن زيادة أنه أفطر عند
 عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، فسقاه شراباً، فكأنه أخذ منه، فلما أصبح غداً إليه، فقال له: ما هذا الشراب ما كدت
 أهتدي إلى منزلي، فقال ابن عمر رضي الله عنهما: ما زدناك على عجوة وزبيب. [رقم: ٨٢٩، باب الأشربة والأنبذة]

** أخرج البخاري ومسلم، وباقي الستة عن عطاء بن أبي رباح. [نصب الراية ٣٠٠/٤] أخرجه البخاري في
 "صحيحه" عن جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه نهى أن يُنبذ التمر والزبيب جميعاً، ونهى
 أن ينبذ الرطب والبسر جميعاً. [رقم: ٥٦٠١، باب من رأى أن لا يخلط البسر والتمر إذا كان مسكراً]

محمولٌ على حالة الشدة، وكان ذلك في الابتداء. قال: ونبذ العسل والتين ونبذ
 الخنطة والذرة والشعير حلال وإن لم يطبخ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما
 إذا كان من غير هو وطرب؛ لقوله عليه السلام: "الخمر من هاتين الشجرتين"،* وأشار إلى
 الكرم والنخلة، خصّ التحريم بهما، والمراد ببيان الحكم، ثم قيل: يشترط الطبخ فيه؛
 لإباحته، وقيل: لا يشترط، وهو المذكور في الكتاب؛ لأنّ قليله لا يدعو إلى كثيره
 كيف ما كان، و هل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه؟
 عند الشيخين

على حالة الشدة: أي على المعسرة والقحط حيث كره للأغنياء الجمع بين النعمتين، بل المستحب أن
 يأكل أحدهما ويؤثر بالآخر على جاره، حتى لا يشبع هو وجاره جائع، وما روي من الإباحة محمول على
 حالة السعة بين الناس، حيث أباح الجمع بين النعمتين، هكذا روي عن إبراهيم النخعي كذا في
 "مبسوط شيخ الإسلام". [الكفاية ٣٣/٩-٣٤] في الابتداء: يعني أن النهي عن الجمع بين التمر والزبيب
 كان في الابتداء في وقت كان بين المسلمين ضيق وشدة في أمر الطعام. [العناية ٣٣/٩]
 بيان الحكم: وهو حرمة ما يتخذ من ثمرها، فيكون ما وراءها مباحاً بالنصوص العامة. [الكفاية ٣٤/٩]
 الطبخ فيه: أي في نبذ كل واحد من الأشياء المذكورة. (البنية) لأن قليله إلخ: أقول: هذا التعليل منظور
 فيه؛ لأن مجرد أن لا يدعو قليله إلى كثيره لا يقتضي أن لا يشترط الطبخ فيه لإباحته، ألا ترى أن نبذ التمر
 والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لإباحته بلا اختلاف مع أن قليل ذلك أيضاً لا يدعو إلى كثيره كيفما كان،
 فإن دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر، وظهر في التعليل ههنا ما ذكر في
 "غاية البيان" حيث قال فيها: وفي رواية: لا يشترط؛ لأن حال هذه الأشربة دون نقيع التمر والزبيب، فإن
 نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصل للخمر شرعاً، فإن أصل الخمر شرعاً: التمر والعنب على ما قال عليه السلام:
 "الخمر من هاتين الشجرتين"، وقد شرط أدنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر، فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة
 في هذه الأشربة؛ ليظهر نقصان هذه الأشربة عن نقيع التمر والزبيب. انتهى. [نتائج الأفكار ٣٤/٩]
 كيف ما كان: يعني مطبوخاً كان أو غير مطبوخ. [البنية ٤٣٦/١١]

*تقدم في أول كتاب الأشربة.

قيل: لا يحدّ، وقد ذكرنا الوجه من قبل. قالوا: والأصح أنه يحدّ، فإنه روي عن محمد رحمته الله فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل؛ وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة، بل فوق ذلك، وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتدّ، فهو على هذا، وقيل: إن المتخذ من لبن الرّمّاء لا يحل عند أبي حنيفة رحمته الله؛ اعتباراً بلحمه؛ إذ هو متولد منه، قالوا: والأصح أنه يحل؛ لأن كراهة لحمه لما في إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه، فلا يتعدى إلى لبنه. قال: وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه: حلال وإن اشتدّ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمتهما الله، وقال محمد ومالك والشافعي رحمهم الله: حرام، وهذا الخلاف فيما إذا قصد به التقوي، أما إذا قصد به التلهّي فلا يحل بالاتفاق، وعن محمد رحمته الله مثل قولهما، وعنه: أنه كره ذلك، وعنه: أنه توقف فيه، الشيخون

قيل لا يحدّ: وهو قول الفقيه أبي جعفر؛ لأنه متخذ مما ليس بأصل الخمر، فكان بمنزلة البنج ولبن الرّمّاء، والسكر منهما حرام، فلا يحدّ، فكذا هنا. [البنية ٤٣٦/١١] وقد ذكرنا الوجه: إشارة إلى ما ذكر أن السكران منه بمنزلة النائم، ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرّمّاء؛ وهذا لأن النص ورد بالحد في الخمر، وهذا ليس في معناه، فلو وجب الحد فيه لكان بطريق القياس، وإذا لا يجوز. [الكفاية ٣٤/٩-٣٥] روي عن محمد إ.خ: هذا لا يناسب، فإن الكلام على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمتهما الله، والمذكور سابقاً قولهما، فالتفريع على قولهما. وأما محمد رحمته الله: فيخالفهما في أصل المسألة حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب إذا اشتدّ وغلى، فيجوز أن يقول بالحد إذا سكر منه، وأما هما فيقولان: يحل ذلك، فيكون المروي عن محمد رحمته الله حجة في حقهما، ولذا ترك صاحب "الكافي" هذا التعليل، واكتفى بما ذكره المصنف فيما بعد بقوله: وهذا لأن الفساق إ.خ. فهو على هذا: أي على اختلاف الروايتين: قيل يحدّ، وقيل: لا يحدّ. (البنية) أنه توقف إ.خ: أي روي عن محمد أنه يوقف في حكم المثلث الغبي، وقال: لا أحرمه ولا أبيحه؛ لتعارض الآثار. [البنية ٤٣٨/١١]

لهم في إثبات الحرمة قوله عليه السلام: "كل مسكر خمر"، * وقوله عليه السلام: "ما أسكر كثيره فقليله حرام"، ** ويروى عنه عليه السلام: "ما أسكر الجرّة منه فالجرّة منه حرام"، *** ولأن المسكر يفسد العقل، فيكون حراماً قليله وكثيره كالخمر. ولهما: قوله عليه السلام: "حرّمت الخمر لعينها"، **** و يروى: "بعينها قليلها وكثيرها، و السّكر من كل شراب" خصّ السكر

خصّ السكر إلخ: تقريره: أنه صلى الله عليه وسلم أطلق الحرمة في الخمر حيث قال: حرّمت الخمر لعينها، فافتضى أن يكون قليلها وكثيرها حراماً، بخلاف غيرها من الأشربة، فإنه خصّ بالتحريم فيها حيث قال: والسّكر من كل شراب يواو العطف، ولا شك أن المعطوف غير المعطوف عليه، فيكون ما نحن فيه من الشراب غير الخمر لا يكون حراماً إلا بالسكر. [البنية ٤٤١/١١]

* تقدم في أول "كتاب الأشربة".

** روي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ومن حديث جابر، ومن حديث سعد بن أبي وقاص، ومن حديث علي، ومن حديث عائشة، ومن حديث ابن عمر، ومن حديث خوات بن جبير، ومن حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه. [نصب الرأية ٣٠١/٤] أخرجه النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما أسكر كثيره فقليله حرام". [رقم: ٥٦٠٧، باب تحريم كل شراب أسكر كثيره]

*** هذه رواية غريبة، ولكن معناها في حديث عائشة رضي الله عنها: "ما أسكر الفرق فملؤ الكف منه حرام" أخرجه أبو داود والترمذي، وقد تقدم. [نصب الرأية ٣٠٥/٤] أخرج أبو داود في "سننه" عن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول صلى الله عليه وسلم يقول: "كل مسكر حرام، وما أسكر منه الفرق فملؤ الكف منه حرام". [رقم: ٣٦٨٧، باب النهي عن المسكر]

**** رواه العقيلي في "كتاب الضعفاء" في ترجمة محمد بن الفرات حدثنا عمرو بن أحمد بن عمرو بن السرح ثنا يوسف بن عدي ثنا محمد بن الفرات الكوفي عن أبي إسحاق السبيعي عن الحارث عن علي، قال: طاف النبي صلى الله عليه وسلم بين الصفا والمروة أسبوعاً، ثم استند إلى حائط من حيطان مكة، فقال: هل من شربة؟ فأتى بقعب من نبيذ، فذاق فقطب ورده، فقام إليه رجل من آل حاطب، فقال: يا رسول الله هذا شراب أهل مكة، قال: "فصب عليه الماء"، ثم شرب ثم قال: "حرّمت الخمر بعينها، والسكر من كل شراب". وأعله بمحمد بن الفرات. [رقم: ١٦٨١] [نصب الرأية ٣٠٦/٤] تقدم الكلام عليه في هذا الباب أنه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً، والوقف أصح. [البنية ٤٤١/١١]

بالتحريم في غير الخمر؛ إذ العطف للمغايرة، ولأن المفسد هو القَدَحُ المسكر، وهو حرام عندنا، وإنما يُحَرَّم القليلُ منه؛ لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير، فأعطي القَدَحُ المسكر المزيل للعقل، حكمه، والمثلث لغلظة لا يدعو، وهو في نفسه غذاء، فبقي على الإباحة. والحديث الأول* غير ثابت على ما بيناه، ثم هو محمول على القَدَح الأخير؛ إذ هو المسكر حقيقة، والذي يُصَبُّ عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق،

وإنما يحرم: جواب سؤال، يمكن تقريره على هذا الوجه، وهو أن يقال: لما كان المفسد هو دون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك. (العناية) لأنه يدعو إلخ: أقول: فيه كلام وهو: أن هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة، وقد صرح فيما أمر بأن الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشيء؛ لأن تعليله بخلاف السنة المشهورة، وهي: قوله ﷺ: "حرمت الخمر لعينها، والسكر من كل شراب"، فكان الذي ينبغي ههنا أن يقال: وإنما يحرم القليل من الخمر؛ لورود النص فيه، وهو قوله ﷺ: "حرمت الخمر لعينها" الحديث. [نتائج الأفكار ٣٧/٩] والحديث الأول: يعني قوله: "كل مسكر خمر". [العناية ٣٧/٩] غير ثابت: قال بعض الفضلاء: وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الآخرين الذين رواهما ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما. [نتائج الأفكار ٣٧/٩] ما بيناه: من طعن يحيى بن معين. (العناية) هو محمول: هذا جواب بطريق التسليم، يعني سلمنا أن هذا الحديث صحيح. [البنية ٤٤٦/١١] والذي يصب إلخ: لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه، فإن منهم من سماه يوسفًا ويعقوبًا؛ لأن أبا يوسف رحمه الله كثيراً ما كان يستعمل هذا. [العناية ٣٧/١١]

*أخرج الدار قطني في "سننه" عن عمار بن مطر ثنا جرير بن عبد الحميد عن الحجاج عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله عن النبي ﷺ قال: "كل مسكر حرام"، قال عبد الله: هي الشربة التي أسكرتك، ثم أخرجه عن عمار بن مطر ثنا شريك عن أبي حمزة عن إبراهيم قوله: "كل مسكر حرام" قال: هي الشربة التي أسكرتك، قال: وهذا أصح من الأول ولم يسنده غير الحجاج، واختلف عنه، وعمار بن مطر ضعيف، وحجاج ضعيف، وإنما هو من قول إبراهيم التخعي، ثم أسند عن ابن المبارك أنه ذكر له حديث ابن مسعود رضي الله عنه: وكل مسكر حرام هي الشربة التي أسكرتك، فقال: حديث باطل.

ثم يطبخ طبخة: حكمه حكم المثلث؛ لأن صبَّ الماء لا يزيده إلا ضعفاً، بخلاف ما إذا صبَّ الماء على العصير، ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل؛ لأن الماء يذهب أولاً للطافته لا يحل ذلك أو يذهب منهما، فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب، ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر: يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله. وفي رواية عنه: لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الأصح؛ لأن العصير قائم فيه من غير تغير، فصار كما بعد العصر، ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر، أو بين التمر والزبيب: لا يحل،

فلا يكون الذاهب: [أي على القطع والبتات] يعني تارة يذهب الماء للطافته أولاً، وتارة يذهب العصير والماء معاً، فلو ذهباً معاً يحل شربه كما يحل شرب المثلث؛ لأنهما لما ذهباً معاً، كان الذاهب من العصير أيضاً ثلثين كالماء، وهناك يجوز شربه، لكن لما لم يتيقن بذهابهما معاً، واحتمل ذهاب الماء أولاً للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطاً؛ لأنه إذا ذهب الماء أولاً كان الذاهب أقل من ثلثي العصير، وهو حرام عندنا على ما مر، وهو الباذق. [الكفاية ٣٨/٩] عن أبي حنيفة: رواها الحسن عنه، وقد روي عنه إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه إذا غلا واشتد كما في نقيع الزبيب والتمر. [البنية ٤٤٧/١١]

وفي رواية عنه: أي وفي رواية أخرى عن أبي حنيفة رواها الحسن بن مالك عن أبي حنيفة. (البنية) كما بعد العصر: يعني إذا طبخ ماء العنب بعد عصر العنب لا يحل ما لم يذهب ثلثاه، فكذا إذا طبخ العنب أولاً، ثم عصر ماؤه لا يحل بالطبخ بعد ذلك، إلا إذا ذهب ثلثاه. [البنية ٤٤٨/١١]

التمر والزبيب: قال صاحب "غاية البيان": ولنا في قوله: أو بين التمر والزبيب نظراً؛ لأن ماء الزبيب كماء التمر، يكتفى فيهما بأدنى طبخة، وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا، وهو قوله: وتبيد التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال، وإن اشتد انتهى،... وكان صاحب "الكافي" فهم ركافة فيما ذكره المصنف ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية، فقال: ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر، أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ من ثلثاه. انتهى. ويحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف: أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهواً من نفس المصنف، أو من الناسخ الأول، إلا أنه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره ههنا عن إفادة المدعي في الصورة الثانية على كل حال؛ إذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط، =

حتى يذهب ثلثاه؛ لأن التمر إن كان يكتفى فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه، فيعتبر جانب العنب احتياطاً، وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر؛ لما قلنا، ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة، ثم أنقع فيه تمر أو زبيب إن كان ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله: لا بأس به، وإن كان يتخذ النبيذ من مثله: لم يحل كما إذا صب في المطبوخ قدح من النقيع، والمعنى تغليب جهة الحرمة، ولا حد في شربه؛ لأن التحريم للاحتياط، وهو للحد في درئه، ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه: لم يحل؛ لأن الحرمة قد تقرر، فلا ترتفع بالطبخ. قال: ولا بأس بالانتباز في الدباء والحنتم والمزفت والنقير؛ لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأوعية: "فاشربوا في كل ظرف، فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه، ولا تشربوا المسكر"،*

= ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ "الهداية" هنا حيث قال: فإن قلت: هذا المعنى لا يتأتى في التمر والزبيب على ما قال في "المختصر": أنه يكتفى فيهما أدنى طبخة، قلت: إن هذا على ما روى هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحمل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ. انتهى. [نتائج الأفكار ٣٩/٩] لما قلنا: أشار به إلى قوله: فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه. [البنية ٤٤٩/١١]

أو غيره: أي غير الخمر من الأشربة المحرمة. (البنية) في الدباء إلخ: الدباء القرع جمع دباعة، والحنتم بفتح الحاء المهملة وسكون النون وفتح التاء المثناة من فوق وهو جزار أحمر، وقال أبو عبيدة: خضر، وقد يجوز أن يكونا جميعاً، وهو جمع حنتم، والمزفت المطلي بالمزفت، وهذا الذي ذكره القدوري هو قول أكثر أهل العلم. [البنية ٤٥٠/١١]

أخرجه الجماعة إلا البخاري عن بريدة. [نصب الراية ٣٠٩/٤] أخرجه مسلم في "صحيحه" عن ابن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: "كنت نهيتكم عن الأشربة في ظروف الأدم فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكراً". [رقم: ٩٧٧، باب النهي عن الانتباه في المزفت]

وقال: ذلك بعد ما أخبر عن النهي عنه، فكان ناسخاً له، وإنما ينتبذ فيه بعد تطهيره. فإن كان الوعاء عتيقاً: يغسل ثلاثاً فيطهر، وإن كان جديداً لا يُطهر عند محمد رحمته؛ لتشرب الخمر فيه، بخلاف العتيق، وعند أبي يوسف رحمته: يغسل ثلاثاً، ويجفف في كل مرة، وهي مسألة ما لا ينصرف بالعصر، وقيل: عند أبي يوسف رحمته: يملأ ماء مرة بعد أخرى، حتى إذا خرج الماء صافياً غير متغير يحكم بطهارته. قال: وإذا تخللت الخمر: حلت، سواء صارت خللاً بنفسها، أو بشيء يُطرح فيها، ولا يكره تحليلها، وقال الشافعي رحمته: يكره التحليل، ولا يحل الخل الحاصل به، إن كان التحليل بإلقاء شيء فيه قولاً واحداً، وإن كان بغير إلقاء شيء فيه، فله في الخل الحاصل به قولان.

عن النهي عنه: وروى من حديث شعبة أخبرني عمرو بن مرة سمعت زاذان يقول: قلت لابن عمر: أخبرنا بما نهى عنه رسول الله ﷺ من الأوعية أخبرنا بلغتكُم وفسره لنا بلغتنا. قال: نهى عن الختم وهي الجرة، ونهى عن المزفت وهو النقيز، ونهى عن الدباء وهو القرع، ونهى عن النقيز وهي أصل النحلة ينقر نقرًا ويمسح مسحاً، وأمر أن ينتبذ في الأسقية قالوا: إنما نهى عن هذه الأوعية على الخصوص إلخ. [البنية ١١/٤٥٢]

بعد تطهيره: إن كان فيه خمرًا. (البنية) يغسل ثلاثاً إلخ: لأنها تشرب كما لو ينحس الظرف بالدم أو البول، فإنه يطهر بالغسل ثلاثاً. (البنية) وهي مسألة إلخ: والخلاف فيها مشهور، وقال شيخ الإسلام: هذا مثل ظرف الخمر بعد ما صب منه الخمر، أما إذا لم يصب منه حتى صار الخمر خللاً ما حال الظرف لم يذكر محمد هذا في الأصل. [البنية ١١/٤٥٣]

يحكم بطهارته: فإنه يطهر ولا يحتاج إلى التحفيف في كل مرة من الغسل. (البنية) قولاً واحداً: وبه قال مالك وأحمد رحمتهما. [البنية ١١/٤٥٤] لأن ما يلتقي في الخمر يتنجس بأول الملاقات، وما يكون نجساً لا يفيد الطهارة، بخلاف ما إذا تخللت بنفسها؛ لأن لم يوجد فيه شيء يتنجس بالملاقات. بغير إلقاء شيء إلخ: بالنقل من ظل إلى الشمس إذا يقاد النار بالقرب منها. قولان: في قول: يحل كقولنا، وفي قول: لا يحل، وبه قال مالك وأحمد، أما إذا صار خللاً بطول المدة بدون علاج يحل بلا خلاف هم. [البنية ١١/٤٥٥]

له: أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التمول، والأمر بالاجتناب ينفيه.
ولنا: قوله ^{عن الخمر} عليّاً: "نعم الإدام الخل" * من غير فصل، وقوله ^{عليّاً}: "خير خلّكم
خل خمركم"، ولأن بالتخليل يزول الوصفُ المفسد، وتثبت صفة الصلاح من حيث
أي إزالة العقل
تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به، والإصلاح مباح، وكذا الصالح للمصالح؛
اعتباراً بالمتخلّل بنفسه وبالذباغ، والاقتراب لإعدام الفساد، فأشبهه الإراقة،
إراقة الخمر
والتخليل أولى؛ لما فيه من إحراز مال يصير حلالاً في الثاني، فيختاره من ابتلي به،
الزمن الثاني
وإذا صار الخمر حلالاً يطهر ما يوازيها من الإناء، فأما أعلاه وهو الذي نقص منه
الخمر، قيل: يطهر تبعاً، وقيل: لا يطهر؛ لأنه خمر يابس إلا إذا غسل بالخل فيتخلل
أعلاه
من ساعته فيطهر، وكذا إذا صبّ فيه الخمر، ثم ملئ حلالاً يطهر في الحال على ما
قالوا. قال: ويكره شرب دُرديّ الخمر،
محمد

الصالح للمصالح: يجوز أن يكون معناه: المخلل صالح للمصالح، والصالح للمصالح مباح؛ اعتباراً بالمتخلل
بنفسه وبالذباغ. (العناية) والاقتراب إلخ: جواب عن قوله: إن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه
التمول، ووجهه: لا نسلم أنه على وجه التمول بل المنظور إليه إعدام الفساد. [العناية ٣٩/٩]
والتخليل أولى: أي بأن يكون مباحاً من الإراقة؛ إذ في الإراقة إبطال المفسد لا غير، وفي التخليل إحراز
المال وصيانته مع إبطال المفسد. [الكفاية ٣٩/٩] فيختاره إلخ: أي فيختار التخليل على الإراقة من ابتلي
بالخمر كما إذا ورث الخمر مثلاً. [البنية ٤٥٧/١١] فيتخلل: يعني يدار فيه الخل حتى يصيب جميع الظرف،
فإذا فعل ذلك فقد طهر، وإن لم يشرب فيه الخمر كذا في "الذخيرة". (البنية) دُرديّ: ودردى الخمر ما
يرسف في آخره. [البنية ٤٥٩/١١]

* روي من حديث جابر، ومن حديث عائشة ^{رضي الله عنها}، ومن حديث أم هاني، ومن حديث أيمن. [نصب الراية ٣١٠/٤]
أخرجه مسلم في "صحيحه" عن جابر بن عبد الله أن النبي ^{صلى الله عليه وسلم} سأل أهله الإدام، فقالوا: ما عندنا إلا خل، فدعا
به فجعل يأكل به، ويقول: "نعم الأدم الخل، نعم الأدم الخل". [رقم: ٢٠٥٢، باب فضيلة الخل والتأدم به]

والإمتشاط به؛ لأن فيه أجزاء الخمر، والانتفاع بالمحرّم حرام، ولهذا لا يجوز أن يداوي به جرحاً، أو دَبْرَةً دَابَّةً، ولا أن يسقي ذمياً، ولا أن يسقي صبيّاً للتداوي، والوبال على مَنْ سقاه، وكذا لا يسقيها الدواب، وقيل: لا تُحْمَلُ الخمرُ إليها، أما إذا قيدت إلى الخمر: فلا بأس به كما في الكلب والميتة، ولو ألقى الدُرْدِيُّ في الخل لا بأس به؛ لأنه يصير خلّاً، لكن يباح حمل الخل إليه لا عكسه؛ لما قلنا. قال: ولا يحدُّ شاربه أي شارب الدُرْدِي، إن لم يسكر، وقال الشافعي رحمه الله: يُحدُّ؛ لأنه شرب جزءاً من الخمر. ولنا: أن قليله لا يدعوا إلى كثيره؛ لما في الطُّبَاع من التَّبَوُّة عنه، فكان ناقصاً، فأشبهه غير الخمر من الأشربة، ولا حدّاً فيها إلا بالسُّكْر، ولأن الغالب عليه الثقل، فصار كما إذا غلب عليه الماء بالامتزاج. ويكره الاحتقان بالخمر. وإقصارها في الإحليل: لأنه انتفاع بالمحرّم، ولا يجب الحدُّ؛ لعدم الشرب، وهو السبب، ولو جعل الخمر في مَرَقَةٍ: لا تؤكل؛ لتنجسها بها، ولا حدّاً ما لم يسكر منه؛ لأنه أصابه الطبخُ،

والإمتشاط به: وإنما خص الإمتشاط؛ لأن له تأثيراً في تحسين الشعر. (البنية) أو دبرة: أي أو يداوي دبّر دابة، والدبر بفتحين جرح الدابة أو عقرها. (البنية) يسقي صبيّاً: أي ولا يجوز أن يسقي صبيّاً لأجل التداوي؛ لما ذكرنا من حديث ابن مسعود. (البنية) لا يسقيها الدواب: لأنه نوع انتفاع بالخمر، وأقرب منه. (البنية) كما في الكلب إلخ: أي لا تحمل الميتة إلى الكلب، ولو قيد الكلب إليها لا بأس به. [البنية ١١/٤٦٠] لما قلنا: أشار به إلى التعليل المستفاد من قوله: كما في الكلب والميتة. (البنية) جزءاً من الخمر: أي الدردى لا يخلو منه، وفي الخمر يجب الحد في القليل والكثير. (البنية) كما إذا غلب إلخ: حيث لا يحد إذا كان الماء هو الغالب كما ذكرنا. (البنية) الإحليل: وهو ثقب الذكر. [البنية ١١/٤٦١] أصابه الطبخ: لأنه مطبوخ، والخمر هو الذي من ماء العنب، وعند أحمد يحد؛ لأنه عين الخمر موجود فيها، ولو لم يطبخ يعتبر الغالب والمغلوب كما لو مزج الخمر بماء. [البنية ١١/٤٦٢]

ويكره أكلُ خبز عَجِنَ عجينه بالخمر؛ لقيام أجزاء الخمر فيه.

فصل في طبخ العصير

والأصل: أن ما ذهب بغليانه بالنار، وقذفه بالزبد: يجعل كأن لم يكن، ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي؛ ليحلّ الثلث الباقي، بيانه: عشرة دوارق من عصير طبخ، فذهب دوارق بالزبد: يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق، ويبقى الثلث فيحلّ؛ لأن الذي يذهب زبدًا هو العصير أو ما يمازجه، وأيًا ما كان جعل كان العصير تسعة دوارق، فيكون ثلثها ثلاثة. وأصل آخر: أن العصير إذا صُبَّ عليه ماء قبل الطبخ،

أجزاء الخمر فيه: أي في العجين، وأما اللحم إذا طبخ بالخمر، فعند محمد رحمته لا يظهر أبدًا، وعند أبي يوسف رحمته يغلى بالماء الطاهر ثلاث مرات، ويرد في كل مرة. [البنية ٤٦٢/١١] طبخ العصير: قال جماعة من الشراح: لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالأشربة تعليمًا لإبقاء ما هو حلال على حله، وقال بعضهم: لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير إلى أن يذهب ثلثاه. [الكفاية ٤٠/٩]

ما ذهب: أي ما نخرج من القدر من شدة الغليان، وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن. [الكفاية ٤٠/٩-٤١] عشرة دوارق: الدوارق مكيال للشراب يسع أربعة أمعاء، وهو أعجمي. (الكفاية) يطبخ الباقي: وهو تسعة دوارق. (البنية) أو ما يمازجه: أي والذي ذهب زائدًا هو ما يمازج العصير من الثفل والشراب والدردي. [البنية ٤٦٣/١١] وأيًا ما كان إلخ: أقول: فيه شيء، وهو أن وجه جعل العصير تسعة دوارق، على تقدير أن يكون الذاهب زبدًا هو العصير غير ظاهر؛ إذ لا يكون حينئذ فرق بين الذاهب زبدًا من عشرة دوارق، وبين الباقي منها في كونها عصيرًا، فإذا جاز اعتبار بعض منها، وهو الذاهب زبدًا في حكم العدم بلا أمر يوجبه، فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضًا في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ، والأظهر في تعليل هذا الأصل أن يقال: لأن الذي يذهب زبدًا جعل كأن لم يكن؛ لأن الزبد ليس بعصير، فصار كما لو صب فيه دوارق من ماء، ولو كان كذلك لم يعتبر الماء، فكذلك هذا. [نتائج الأفكار ٤٠، ٤١/٩]

ثم طبخ بمائه: إن كان الماء أسرع ذهاباً لرقته، ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء، حتى يذهب ثلثاه؛ لأن الذهاب الأول هو الماء، والثاني العصير، فلا بد من ذهاب ثلثي العصير، وإن كانا يذهبان معاً تُغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه، فيحل؛ لأنه ذهب الثلثان ماءً وعصيراً، والثلث الباقي ماءً وعصيراً، فصار كما إذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه. بيانه: عشرة دوارق من عصير، وعشرون دورقاً من ماء، ففي الوجه الأول: يطبخ، حتى يبقى تسع الجملة؛ لأنه ثلث العصير، وفي الوجه الثاني: حتى يذهب ثلثا الجملة؛ لما قلنا. والغلي بدفعة أو دفعات، سواء إذا حصل قبل أن يصير محرماً، ولو قطع عنه النار

كانا يذهبان إلخ: قال في "النهاية": كان محمد ﷺ علم أن العصير على نوعين: منه ما لو صب الماء فيه وطبخ يذهب الماء أولاً، ومنه ما إذا صب الماء فيه يذهبان فيه معاً، ففصل الجواب فيه تفصيلاً. [العناية ٤٠/٩] فصار كما إذا إلخ: يعني صار حكم هذا كحكم ماء لو صب العصير بعد ما صار مثلاً بحيث يحل، فكذا هذا. (البنية) ففي الوجه الأول: أي فيما إذا ذهب الماء أولاً. [البنية ٤٦٤/١١]

يبقى تسع إلخ: تسع الجملة وهي ثلاثة، وذلك بعد ذهاب الدورق بالزبد، والثلاثة ثلث العصير؛ لأن العصير عشرة، ولكن ذهب منها دورق بالزبد، فبقي تسعة ثلثها ثلاثة. (البنية) وفي الوجه الثاني: أي فيما إذا كان الماء والعصير يذهبان معاً. (البنية) حتى يذهب ثلثا إلخ: أي يطبخ حتى يذهب ثلثا الجملة وهو عشرون، وبقي عشرة وثلاثة، فمضى بقي عشرة كان ثلثاه ماءً وثلثه عصير، أو كان الباقي ثلث العصير وثلث الماء. (البنية) لما قلنا: أشار به إلى قوله: لأن الباقي ثلث الماء وثلث العصير. [البنية ٤٦٥/١١]

ولو قطع إلخ: صورته: إذا طبخ العصير حتى ثلاثة أحماسه مثلاً وبقي خمسه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى نقص عليه تمام الثلثين وبقي الثلث: حل؛ لأن ما ذهب بعد قطع النار ذهب بحرارة النار، فصار كما إذا شمس العصير وذهب ثلثاه بحرارة الشمس، فيصير مثلاً؛ لأن المقصود ذهاب الثلثين، وصار كما لو صار مثلاً والنار تحته، بخلاف ما لو برد مشتداً محرماً ثم طبخ حتى ذهب ثلثاه حيث لا يحل كذا في "الذخيرة" و"المبسوط". [البنية ٤٦٥/١١]

فعلي حتى ذهب الثلثان: يحل؛ لأنه أثر النار، وأصل آخر: أن العصير إذا طبخ، فذهب بعضه، ثم أُهْرِيقَ بعضه ثم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان، فالسبيل فيه أن ^{معلوماً} بالطبخ تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب، ثم تقسمه على ما بقي بعد ^{حاصل الضرب} ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء، فما يخرج بالقسمة فهو حلال، بيانه: عشرة أرطال عصير طبخ، حتى ذهب رطل، ثم أُهْرِيقَ منه ثلاثة أرطال: تأخذ ثلث العصير كله، وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب، وهو ستة، فيكون عشرين، ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء، وذلك تسعة، فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان، فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان، وعلى هذا تخرج المسائل، ولها طريق آخر، وفيما اكتفينا به كفاية وهداية إلى تخريج غيرها من المسائل، والله أعلم بالصواب.

للذكي الفطن
طريق موصل

وأصل آخر إلخ: ذكر أولاً: الأصل الذي فيه أن ما ذهب بالزبد لا يعتبر، ثم ثانياً: الأصل الذي فيما إذا صب فيه الماء بالوجهين المذكورين. (البنية) ثلث العصير إلخ: لأن كل العصير عشرة، وثلثها ثلاثة وثلث. (البنية) فيكون عشرين: لأن الستة ثلاث مرات ثمانية عشر، والثلاث مرات اثنان، فالجملة عشرون. [البنية ٤٦٦/١١] ولها طريق آخر: وهو أن الذي ذهب بالطبخ ذاهب من الحرام؛ لأنه إنما يطبخ ليذهب حرامه، ويبقى حلاله، فثلثا عشرة أرطال حرام، وهو ستة أرطال وثلثا رطل، فإذا أُهْرِيقَ ثلاثة، فهذا من الحلال والحرام جميعاً؛ لأنه لا معلق للذاهب حساباً بالحلال أو بالحرام، فكان الذاهب منهما على السواء، فذهب من الحلال ثلثه، وهو رطل وتسع رطل، فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل. [الكفاية ٤١/٩]

كتاب الصيد

الصيد: الاصطياد، ويطلق على ما يُصَاد، والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم؛ لقوله تعالى: ﴿إِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾، ولقوله عز وجل: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾، وقوله ^{مخرجهم عن الإحرام الأمر للإباحة} لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه: "إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل، وإن أكل منه فلا تأكل؛ لأنه إنما أمسك على نفسه، وإن شارك كلبك كلباً آخر فلا تأكل؛ فإنك إنما سميت على كلبك ولم تُسم على كلب غيرك"،* وعلى إباحته انعقد الإجماع،

كتاب الصيد: مناسبة كتاب الصيد لكتاب الأشربة من حيث أن كل واحد من الأشربة والصيد مما يورث السرور، إلا أنه قدم الأشربة لحرمتها؛ اعتناءً بالاحتراز عنها، ومحاسنه محاسن المكاسب. [العناية ٤٢/٩]

الصيد: هو لغة: الاصطياد، وقد سمي الصيد صيداً تسميةً بالمصدر، فيجمع إذاً على صيود، والاصطياد مباح لغير المحرم في غير الحرم بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ أمر بالاصطياد، وأدنى درجات الأمر الإباحة. والسنة: قوله صلى الله عليه وسلم: "الصيد لمن أخذ"، ففي هذا بيان أن الاصطياد مباح مشروع؛ لأن الملك حكم مشروع، فسببه يكون مشروعاً، ويستوي إن كان الصيد مأكول اللحم، أو غير مأكول اللحم؛ لما في اصطاده من تحصيل منفعة جلده أو شعره أو دفع أذاه عن الناس. [الكفاية ٤٢/٩-٤٣]

الاصطياد: وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو أخذ الخطب ثم يراد به ما يصاد مجازاً؛ إطلاقاً لاسم المصدر على المفعول، وهو الممتنع المتوحش عن الآدمي بأصل الخلقة مأكولاً كان أو غير مأكول كذا في "غاية البيان". [نتائج الأفكار ٤٢/٩] ما دمت حرمًا: هذا التحريم إلى غاية، فاقتضى الإباحة فيما وراء ذلك. (البنية)

* أخرجه الأئمة الستة عنه. [نصب الراية ٣١٢/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عدي بن حاتم قال: قلت: يا رسول الله! إني أرسل كلبتي وأسمي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فأكل، فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه"، قلت: إني أرسل كلبتي أجد معه كلباً آخر لا أدري أيهما أخذه؟ فقال: "لا تأكل، فإنما سميت على كلبك ولم تسم على غيره". [رقم: ٥٤٨٦، باب إذا وجد مع الصيد كلباً آخر]

ولأنه نوعٌ اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك، وفيه استبقاء المكلف، وتمكينه من إقامة التكاليف، فكان مباحاً بمنزلة الاحتطاب، ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان: أحدهما: في الصيد بالجوارح، والثاني: في الاصطياد بالرمي.

فصل في الجوارح

قال: ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي، وسائر الجوارح المعلمة، وفي "الجامع الصغير": وكلُّ شيء علمته من ذي ناب من السباع، وذي مِخْلَبٍ من الطير، فلا بأس بصيده،

مخلوق لذلك: أي لأجل الانتفاع؛ لأن ما سوى آدمي خلق لمصالح آدمي. (البنية) وفيه: أي في الانتفاع بالشيء المخلوق. (البنية) إقامة التكاليف: لأنه لو لم ينتفع بما فيه نفعه يهلك، ولا يتمكن من إقامة التكاليف. (البنية) فكان مباحاً: أي إذا كان الأمر كذلك كان الاصطياد مباحاً. (البنية) ما يحويه الكتاب: أي ما يجمعه كتاب الصيد. (البنية) بالجوارح: وهو جمع جارحة، وأراد بها ههنا الجوارح من الحيوان كالكلب والفهد والبازي والصقر ونحوها. [البنية ٤٧١/١١]

في الجوارح: قدم فصل الجوارح على فصل الرمي؛ لما أن آلة الصيد ههنا حيوان، وفي الرمي جماد، وللفاضل تقدم على المفضول. (العناية) وسائر الجوارح إلخ: وهذا بعمومه يتناول الأسد والذئب والدب والخنزير، لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به، وكان ذلك معلوماً لكل أحد، فلم يستثنه والباقي إن أمكن تعليمها جاز الاصطياد بها. [العناية ٤٤/٩]

الجامع الصغير: وإنما أورد رواية "الجامع الصغير"؛ لقوله: ولا خير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب، فإن رواية القدوري رحمته الله تدل على الإثبات لا غير، ورواية "الجامع الصغير" تدل على الإثبات والنفي جميعاً. [العناية ٤٤/٩] فلا بأس بصيده: إنما ذكر بلفظة لا بأس؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ﴾ قد خص منه البعض، كالدب والخنزير وغير ذلك، والنص إذا خص منه البعض يكون الباقي منه دون خبر الواحد، فيكون ظنياً، فتمكن فيه الشبهة، فلذلك قال: لا بأس به. =

ولا خير فيما سوى ذلك، إلا أن تُدْرِكَ ذكاته. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾، والجوارح: الكواسب، قال: في تأويل والمكلبين: ^{مؤدبين الكلاب} المسلطين، فيتناول الكل بعمومه دلّ عليه ما روينا من حديث عدي ^{الكلاب} رضي الله عنه، واسم الكلب في اللغة يقع على كل سَبُعٍ حتى الأسد، وعن أبي يوسف ^{الكلاب} رضي الله عنه: أنه استثنى من ذلك الأسد والدّب؛ لأنهما لا يعملان لغيرهما،

= واعلم أن حل التناول بالاصطياد يختص بشرائط: منها: أن يكون الصائد من أهل الذكاة، وإذا بأن يعقل الذبح والتسمية حتى لا يؤكل صيد الصبي والمجنون إذا لم يعقلا الذبح والتسمية، وأن يكون له ملة التوحيد دعوى واعتقاداً كالمسلم، أو دعوى لا اعتقاداً كالكتابي كما مر في الذبائح، وأن يكون ما يصطاد به معلماً، وأن يكون جارحاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ﴾. [الكفاية ٤٤/٩]

فيما سوى الخ: أي لا يجوز فيما سوى المعلم من ذي ناب، والمعلم من ذي مخالب يعني إذا أخذ كلب غير معلم صيداً، فلا خير فيه. (البنية) والأصل فيه: أي في اشتراط كون الجارح من ذوات الناب والمخالب التي يصيد بها. [البنية ٤٧٢/١١] وما علّمتم: أي وصيد ما علّمتم من الجوارح، وهو عطف على الطيبات، أي أحل لكم الطيبات، وصيد ما علّمتم من الجوارح، وفي معنى الجوارح قولان: أحدهما: أن يكون جارحاً حقيقة بنابه أو مخلبه، فيكون من الجرح بمعنى الجراحة. والثاني: الكواسب كقوله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِانْتِهَارِهِ﴾ أي: كسبتم، ويمكن حمله عليهما، فيشترط أن يكون من الكواسب التي تجرح لعمل بالجرح ييقن، والمكلب مؤدب الكلاب ومعلمها، ثم عم في كل من أدب جارحة هيمة كانت أو طائراً. [الكفاية ٤٥/٩-٤٦]

الكواسب: أي الكواسب من سباع البهائم، والطيور كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين، سميت بذلك؛ لأنها كواسب بنفسها، يقال: جرح وأجرح إذا كسب. (البنية) فيتناول الخ: إذا كان المعنى ما ذكرنا يتناول قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ﴾ الخ. [البنية ٤٧٣/١١] حتى الأسد: ألا ترى أن النبي ﷺ قال في عتبة بن أبي لهب: "اللهم سلط عليه كلباً من كلابك"، فسلط الله عليه الأسد فقتله، ومعنى هذا الاسم موجود في الكل، فكان عاماً بطريق الحقيقة. (البنية) وعن أبي يوسف ^{الكلاب} رضي الله عنه: هذا يتعلق بقوله: فيتناول العموم بعمومه. [البنية ٤٧٤/١١]

الأسد لعلو همته، والدب لخساسته، وألحق بهما بعضهم الحداثة لخساسته،
 والخنزير مستثنى؛ لأنه نجس العين، فلا يجوز الانتفاع به، ثم لابد من التعليم؛ لأن
 ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم، والحديث به وبالإرسال، ولأنه إنما يصير
 آلة بالتعليم؛ ليكون عاملاً له فيترسل بإرساله، ويُمْسِكُهُ عليه. قال: وتعليم الكلب:
 أن يترك الأكل ثلاث مرات، وتعليم البازي: أن يرجع، ويُجِيب إذا دَعَوْتَهُ، وهو
 مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما* ولأن بدن البازي لا يتحمل الضرب، وبدن الكلب
 يتحملة، فيضرب لتركه، ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة،

من النص: وهو قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْخَوَارِجِ﴾. ينطق إلخ: أقول: فيه نوع شبهة؛ لأن كون
 ما تلاه من الآية ناطقاً بالتعليم، وما رواه من الحديث ناطقاً بالتعليم، وبالإرسال مما لا كلام فيه، وأما كون
 ما تلاه من الآية ناطقاً باشتراط التعليم، وكون ما رواه من الحديث ناطقاً باشتراط التعليم كما هو المدعى
 ههنا، وباشتراط الإرسال أيضاً، فليس بظاهر، وإنما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة،
 وهو ليس بحجة عندنا في الأدلة الشرعية كما عرف. [نتائج الأفكار ٤٦/٩]
 والحديث به: بالجر عطفاً على قوله: النص باشتراط التعليم. (البنية) ويمسكه عليه: أي يمسك الصيد
 على صاحبه لا لنفسه. [البنية ٤٧٥/١١] لتركه: أي يترك الأكل وتعذر ترك الأكل في البازي؛ لأنه
 لا يحتمل الضرب حتى يترك، فأقيم مقامه ما يدل عليه وهو الإجابة عند الدُّعَى. [البنية ٤٧٦/١١]
 مألوفه عادة: قيل: فيه نظر؛ لأن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر، فإنه متوحش كالبازي، ثم الحكم
 فيه وفي الكلب سواء، فالمعتمد هو الأول، وليس بوارد؛ لأنه إنما ذكره فرقاً بين الكلب والبازي لا غير،
 وذلك صحيح، وإذا أريد الفرق عموماً، فالمعتمد هو الأول. [العناية ٤٦/٩]

* غريب، وفي البخاري: وقال ابن عباس رضي الله عنهما: إن أكل الكلب فقد أفسده، إنما أمسك على نفسه
 والله تعالى يقول: ﴿تَعَلَّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ﴾ فتضرب وتعلم حتى تترك. [باب إذا أكل الكلب وقوله
 تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ﴾ مكلين: الكواسب.....] [نصب الراية ٣١٤/٤]

والبازي متوحش متنفر، فكانت الإجابة آية تعليمه، أما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب، فكان آية تعليمه ترك مألوفه، وهو الأكل والاستلاب، ثم شرط ترك الأكل ثلاثاً، وهذا عندهما، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمته الله؛ لأن فيما دونه مزيد الاحتمال، فلعله ترك مرة أو مرتين شبعاً، فإذا تركه ثلاثاً دل على أنه صار عادة له؛ وهذا لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار، وإبلاء الأعذار، كما في مدة الخيار، وفي التقدير بالثلاث بعض قصص الأخبار، ولأن الكثير هو الذي يقع أمارّة على العلم دون القليل، والجمع هو الكثير، وأدناه الثلاث، فقدّر بها، وعند أبي حنيفة رحمته الله على ما ذكر في "الأصل" لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلّم، ولا يقدر بالثلاث؛ لأن المقادير لا تعرف اجتهداً، بل نصّاً وسماعاً، ولا سمعاً فيفوض إلى رأي المبتلى به كما هو أصله في جنسها. وعلى الرواية الأولى عنده: يحل ما اصطاده ثالثاً،

يعتاد الانتهاب: لأن حقيقة التعليم والجهل في الحيوان أمر مستبطن، فأقيم تبدل العادة المألوفة مقام العلم، والجري على العادة الأصلية مقام الجهل. [البنية ٤٧٦/١١] لأن الثلاث مدة إلخ: وفي "المبسوط": فقدّرنا ذلك بالثلاث؛ لأنه حسن للاختبار، والأصل فيه قصة موسى عليه السلام مع الخضر حيث قال في الثالثة: هذا فراق بيني وبينك، وكذا الشرع قدر مدة الخيار بثلاثة أيام للاختبار، وقال عليه السلام: "إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع"، وقال عمر رضي الله عنه: إذا لم يربح أحدكم في التجارة ثلاث مرات فليتحول إلى غيرها. [الكفاية ٤٧/٩] كما هو أصله: أي أصل أبي حنيفة رحمته الله في جنس المقادير نحو حبس الغريم، وخذ التقدم، وتقدير ما غلب في نزح ماء البئر المعينة. [الكفاية ٤٧/٩]

الرواية الأولى: وهي التي قدرها بالثلاث، وهي رواية القدوري. (البنية) ما اصطاده: يعني إذا أخذ صيداً فلم يأكل، ثم أخذ ثانياً فلم يأكل، ثم أخذ ثالثاً، فلم يأكل، يحل أكل الثالث عند أبي حنيفة رحمته الله. [البنية ٤٧٩/١١]

وعندهما: لا يحل؛ لأنه إنما يصير معلماً بعدم تمام الثلاث، وقبل التعليم غير معلّم، فكان الثالثُ صيدَ كلبٍ جاهل، وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى. وله: أنه آية تعليمه عنده، فكان هذا صيد جارحة معلّمة، بخلاف تلك المسألة؛ لأن الإذن إعلامٌ، ولا يتحقق دون علم العبد، وذلك بعد المباشرة. قال: وإذا أرسل كلبه المعلم، أو بازِيه، وذكر اسم الله تعالى عند إرساله، فأخذ الصيد وجرحه، فمات: حلّ أكله؛ لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه، ولأن الكلب أو البازي آلة، والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال، وذلك فيهما بالإرسال، فنزل منزلة الرمي وإمرار السكين، فلا بد من التسمية عنده، ولو تركه ناسياً حلّ أيضاً على ما بيناه، وحرمة متروك التسمية عامداً في الذبائح، ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية؛

لا يحل: أي أكل الثالث، ويحلّ أكل ما بعده. (البنية) وصار كالتصرف إلخ: يعني إذا رأى المولى العبد يتصرف فسكت يكون إذناً له فيما بعد، والتصرف الذي يباشره غير صحيح بالاتفاق. [البنية ٤٧٩/١١] أنه آية: أي أن ترك الأكل علامة تعليمه عند الثالث؛ لأنه إنما يحكم بكونه معلماً بطريق تعيين إمساكه الثالث على صاحبه، فإذا حكمنا بأنه يمسك وقد أخذه بعد إرسال صاحبه فيحلّ كذا في "المبسوط". [الكفاية ٤٧/٩] وذلك إلخ: أي علم العبد لا يكون إلا بعد المباشرة، وما باشره قبل العلم يكون تصرف محجور، فلا ينفذ. [البنية ٤٨٠/١١]

لا يحصل: ولهذا قال: لو انقلب الصيد أو الشاة على سكين، وأصاب مذبجها لا يحل؛ لأن الاستعمال لم يوجد. (البنية) بالإرسال: أي الاستعمال يكون بإرسال الكلب والبازي، فلا بد من الإرسال. (البنية) على ما بيناه: أي على ما بينا أن ترك التسمية ناسياً لا يضر. [البنية ٤٨٠/١١] في ظاهر الرواية: يريد رواية "الزيادات"، فإنه قال: لو قتل الكلب أو البازي الصيد من غير جرح لا يحل، وأشار في "الأصل" إلى أنه يحل، والفتوى على ظاهر الرواية. [العناية ٤٧/٩]

ليتحقق الذكاة الاضطراري، وهو: الجرح في أي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة إليه بالاستعمال، وفي ظاهر قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ﴾ ^{وهو الجرح} ^{الصائد} ما يشير إلى اشتراط الجرح؛ إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل، فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي، وفيه أخذ باليقين، وعن أبي يوسف رحمته أنه لا يشترط؛ رجوعاً إلى التأويل الأول، وجوابه ما قلنا. قال: فإن أكل منه ^{الجرح} ^{القدوري} الكلب أو الفهد: لم يؤكل، وإن أكل منه البازي: أكل، والفرق ما بيناه في دلالة التعليم، وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه، وهو حجة على مالك،

في تأويل: يعني غير ما أولناه أولاً، وهو قوله: والجوارح الكواسب في تأويل، وذلك ما يكون جارحاً حقيقة. [العناية ٤٨/٩] فيحمل: أي إذا كان كذلك فيحمل الجارح الذي دل عليه قوله سبحانه وتعالى: ﴿مِنَ الْجَوَارِحِ﴾ على أنه موصوف بصفتين الجارح من الجرح بمعنى الجراحة والكاسب. [البنية ٤٨٢/١١] أخذ باليقين: أي في الجمع بينهما أخذ باليقين؛ وذلك لأن النص إذا ورد فيه اختلاف المعاني، فإن كان بينهما تناف يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه، وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجمع أخذاً بالمتيقن كذا ذكره فخر الإسلام رحمته في الحيض في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ نَهْرٌ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ قيل: أريد به الحمل، وقيل: الحيض، والصحيح: أنهما مرادان؛ لأنه لا تنافي بينهما، فكذا هنا لا تنافي بين الكسب والجراحة. [الكفاية ٤٩/٩] التأويل الأول: وهو أن المراد من الجوارح الكواسب، فيحصل صيده بأي وجه كان؛ لعموم النص. (البنية) ما قلنا: أي جواب قول أبي يوسف ما قلناه أشار به إلى قوله: فيحمل على الجارح الكاسب إلى آخره. [البنية ٤٨٣/١١]

ما بيناه: يعني أن التعليم شرط فيما يصاد به من الجوارح، وهو في الكلب بترك الأكل، وفي البازي بالإجابة، وقد مر بيانه مستوفياً. [البنية ٤٨٣/١١] وهو مؤيد إلخ: أقول: في كلامه هذا ركازة؛ لأن ضمير هو في قوله (وهو مؤيد) إن كان راجعاً إلى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره، يرد عليه أن حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور أصلاً، فإنه إنما يدل على أن لا يؤكل ما أكل منه الكلب، ولا يدل على أن يؤكل ما أكل منه البازي، وإفادة الفرق إنما تكون بالدلالة عليهما معاً، =

وعلى الشافعي رحمته الله في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه الصيد ولو أنه صاد صيوداً، ولم يأكل منها، ثم أكل من صيد: لا يؤكل هذا الصيد؛ لأنه علامة الجهل، ولا ما يصيده بعده، حتى يصير معلماً على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء، أي لا يؤكل وأما الصيود التي أخذها من قبل، فما أكل منها: لا تظهر الحرمة فيه؛ لانعدام المحلية، وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة، بأن لم يظفر صاحبه بعد: تثبت الحرمة فيه بالاتفاق، لم يأخذه الصياد وما هو محرز في بيته: يحرم عنده، خلافاً لهما. هما يقولان: إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم؛ لأن الحرفة قد تنسى، ولأن فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد، الصائد

= وإن كان راجعاً إلى مضمون قوله: فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق قوله: وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي أن يذكر عقيب قوله: فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل. [نتائج الأفكار ٤٩/٩] قوله القديم: وهو قول ربيعة رحمته الله أيضاً. (البنية) ولو أنه إلخ: ذكره تفرعاً على مسألة القدوري، وهي من مسائل "الأصل". (البنية) في الابتداء: أراد به ما ذكر أنه يحمله عندهما ما اصطادوا بالنابح. (البنية) لانعدام المحلية: لأن الحكم بالحرمة لا يتصور إلا في محل قائم، وقد فات المحل بالأكل. [البنية ٤٨٤/١١] وما هو محرز: وأما ما باع المالك مما قدره عن صيوده، فلا شك أن على قولهما لا ينقض البيع فيه، وأما على قول أبي حنيفة رحمته الله ينبغي أن ينقض البيع إذا تصادق البائع والمشتري على كون الكلب جاهلاً. [الكفاية ٥٠/٩] قد تنسى: كما في بني آدم، فلم يجز تحريم ما تقدم بالشك. [البنية ٤٨٤/١١] قد أمضى الحكم: يعني إنما حكمنا بإباحة المحرز من الصيود بالاجتهاد؛ لأن ترك الأكل يحتمل أن يكون للعلم، ويحتمل أن يكون للشبع، فصار إباحة المحرز بالاجتهاد، فلو نقض نقض بالاجتهاد؛ لأن الأكل أيضاً يحتمل أن يكون عن جهل في الأصل، ويحتمل أن يكون لشدة الجوع، أو لأنه نسي الآن. والأصل: أن ما أمضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله؛ لأن المقصود قد حصل الآن، ولكن يعمل به في المستقبل كما في سائر المجتهدين، بخلاف ما لم يحزره؛ لأن الإباحة غير محكوم بها من كل وجه؛ لأنها إنما تحكم بها إذا خرج من الصيدية من كل وجه، وشيء من معناها باق فيه، وهو أنه في المفازة بعد، أو نقول: إباحة الأكل إنما تثبت وقت الأكل لعدم الحاجة قبل ذلك، ووقت الأكل بعد الإحراز؛ لأن غير المحرز لا يؤكل. [الكفاية ٥٠/٩]

فلا ينقض باجتهاد مثله؛ لأن المقصود قد حصل بالأول، بخلاف غير المحرز؛ لأنه ما حصل المقصود من كل وجه، لبقائه صيداً من وجه؛ لعدم الإحراز، فحرّمناه احتياطاً، وله: أنه آية جهله من الابتداء؛ لأن الحُرْفَةَ لا يُنْسَى أصلها، فإذا أكل تبين ^{الأكل} أنه كان ترك الأكل للشبع، لا للعلم، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود؛ لأنه ^{في الصود السابقة} بالأكل، فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء. ولو أن صقراً فرّ من صاحبه، فمكث حيناً، ثم صاد: لا يؤكل صيده؛ لأنه ترك ما صار به عالماً، فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد. ^{فيحكم بجهله} ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه: ^{ذكره تفريعاً} أكل؛ لأنه ممسك للصيد عليه، وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه، وأمسك عليه ما يصلح له. ولو أخذ الصيد من المعلم، ثم قطع منه قطعة، وألقاها إليه، فأكلها: يؤكل ما بقي؛

لأن الحُرْفَةَ إلخ: هذا جواب عن نكتة غير مذكورة في الكتاب يحتجّان بها، وهي أن الأكل في الحال لا يدل على كونه جاهلاً في الماضي لجواز أنه كان عاملاً، إلا أنه جهل والحُرْفَةُ قد تنسى، فأجاب بأنه لو كان عالماً لما جهل إذا أصل الحُرْفَةُ إلخ. [البنية ٤٨٥/١١] وتبدل الاجتهاد: وتحقيقه: أن حكم الإباحة في المحرز إنما يثبت عند الأكل؛ لأنها مبنية على كون الكلب معلماً، وذلك ثابت بالاجتهاد على ما قالا، فكان وهماً واحتمالاً، والموهوم يعتبر عند الضرورة، وذلك عند الأكل، فلم تكن الإباحة ثابتة قبله، فلو اعتبر هذا الاجتهاد لا يؤدي إلى إبطال حكم أمضى بالاجتهاد وباجتهاد مثله، بل يؤدي إلى المنع، فصار كظهور اجتهاد آخر للقاضي قبل القضاء. [الكفاية ٥١/٩]

ولو أن صقراً إلخ: ذكره تفريعاً وهو من مسائل "الأصل". (البنية) ثم صاد: أي أنه رجع إلى صاحبه، ثم صاد لا يؤكل، أما ما صاد قبل الرجوع إلى صاحبه، فلا شك أنه لا يؤكل؛ لعدم الإرسال. [البنية ٤٨٦/١١] صار به عالماً: وهو إجابته إلى صاحبه. [البنية ٤٨٧/١١]

لأنه لم يَبْقَ صيداً، فصار كما إذا ألقى إليه طعاماً غيره، وكذا إذا وثب الكلب، فأخذه منه، وأكل منه؛ لأنه ما أكل من الصيد، والشرط ترك الأكل من الصيد، ^{الصيد} ^{الصائد} فصار كما إذا افترس شاته، بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحوزه المالك؛ لأنه بقيت فيه جهة الصيدية. ولو نهَس الصيد، ففقطعه سنّه بضعة فأكلها، ثم أدرك الصيد فقتله، ولم يأكل منه: لم يؤكل؛ لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد. ولو ألقى ما نهَّسه، واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه، وأخذه صاحبه، ثم مرّ بتلك البضعة، فأكلها: يؤكل الصيد؛ لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره، فإذا أكل ما بان منه، وهو لا يحلّ لصاحبه أولى، بخلاف الوجه الأول؛ لأنه أكل في حالة الاصطياد، فكان جاهلاً ممسكاً لنفسه، ولأن نهَس البضعة قد يكون ليأكلها، وقد يكون حيلة في الاصطياد؛ ليضعف ^{الصيد} بقطع القطعة منه فيدركه، فالأكل قبل الأخذ يدلّ على الوجه الأول، وبعده على الوجه الثاني، فلا يدلّ على جهله.

^{الأكل بعد الأخذ}

لم يبق صيداً: لأن الصيد اسم للمتوحش غير محرز، وقد زال التوحش بالقتل، وزال عدم إحرازه بالإحراز، فالتحق بسائر أطعمته وأكله من سائر أطعمته لا يدلّ على جهلة، فهنا كذلك. [الكفاية ٥١/٩] إذا وثب: أي وكذا يؤكل إذا نطّ الكلب فأخذه أي من يد صاحبه وأكل منه. [البنية ٤٨٨/١١] أن يحوزه إلخ: لأنه لما أكل قبل الإحراز صار كأنه أكل حالة الاصطياد فلا يؤكل. (البنية) هذه الحالة: وهي بعد إحراز صاحبه وأخذه. [البنية ٤٨٨/١١] الوجه الأول: وهو ما إذا أكل البضعة حيث قطعها. (البنية) قبل الأخذ: أي قبل أخذ المالك الصيد يدلّ على الوجه الأول، وهو أنه نهَّسه فيأكلها، فدلّ على جهل الكلب. (البنية) وبعده إلخ: أي الأكل بعد أخذ المالك للصيد يدلّ على الوجه الثاني، وهو أنه نهَّش الصيد وقطع بضعة حيلة في الاصطياد لتضعيف الصيد، فكان ذلك من غاية حداقته. [البنية ٤٨٩/١١]

قال: وإن أدرك المرسل الصيد حياً: وجب عليه أن يذبحه، وإن ترك تذكيته حتى مات: لم يؤكل، وكذا البازي والسهم؛ لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل؛ إذ المقصود هو الإباحة، ولم تثبت قبل موته، فبطل حكم البدل، وهذا إذا تمكن من ذبحه، أما إذا وقع في يده، ولم يتمكن من ذبحه، وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح: لم يؤكل في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما: أنه يحل، وهو قول الشافعي رحمه؛ لأنه لم يقدر على الأصل، فصار كما إذا رأى الماء، ولم يقدر على الاستعمال. ووجه الظاهر: أنه قدر اعتباراً؛ فلا يبطل تيممه على الأصل

أدرك المرسل: اعلم أن قوله: وإن أدرك المرسل إلى قوله: حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في "مختصره"، وقوله: وكذا البازي والسهم زيادة من المصنف، فأقول: هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جداً عندي، أما قوله: وكذا البازي فظاهر؛ لأن قول القدوري: وإن أدرك المرسل الصيد حياً يتناول صيد الكلب وصيد البازي، وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالأول، فلا حاجة إلى ذكر قوله: وكذا البازي، بل لا وجه له. وأما قوله: والسهم؛ فلأن حكم مسألة السهم سيحيى في باب الرمي مفصلاً، ألا يرى إلى قوله هناك: وإذا سقى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات، وإن أدركه حياً ذكاه، انتهى، فلا حاجة إلى بيانه ههنا. [نتائج الأفكار ٥٢/٩]

وكذا البازي: أي وكذا الحكم في التفصيل لو أدرك مرسل البازي الصيد حياً فذبحه حل، وإن لم يذبح حتى مات لا يحل. [البنية ٤٨٩/١١] إذا تمكن: لأنه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح، فمنهم من يتمكن في ساعة، ومنهم من لا يتمكن في أكثر، وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه؛ لعدم انضباطه. (العناية) من ذبحه: لفقد الآلة لم يؤكل؛ لأنه مفرط، وإن كان لضيق الوقت يؤكل عندنا خلافاً للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمه. [العناية ٥٢/٩]

على الأصل: وهو الذكاة الاختيارية. (البنية) اعتباراً: يعني أنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل من حيث الاعتبار والحكم. [البنية ٤٩٠/١١]

لأنه ثبت يده على المذبح، وهو قائم مقام التمكن من الذبح؛ إذ لا يمكن اعتباره؛ لأنه لا بد له من مدة، والناس^{عمل الذبح} يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح، فأدير الحكم على ما ذكرناه، بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح؛ لأنه ميت حكماً، ألا ترى أنه لو وقع في الماء، وهو بهذه الحالة: لم يحرم، كما إذا وقع وهو ميت، والميت ليس بمذبح^{الصيد}. وفصل بعضهم فيه تفصيلاً: وهو أنه إن لم يتمكن؛ لفقد الآلة: لم يؤكل، وإن لم يتمكن؛ لضيق الوقت: لم يؤكل عندنا، خلافاً للشافعي^{رحمته}؛ لأنه إذا وقع في يده لم يسبق صيداً، فبطل حكم ذكاة الاضطرار، وهذا إذا كان يتوهم بقاؤه، أما إذا شق^{حياً} بطنه، وأخرج ما فيه، ثم وقع في يد صاحبه: حل؛ لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر^{الكلب المعلم} كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت،

لأنه ثبت يده إلخ: يعني أن حكم القدرة على الأصل يدار على الوقوع في يده حياً؛ لتعذر الوقوف على حقيقة القدرة والعجز؛ لتفاوت أحوال الناس في الهداية في أمر الذبح وعدمها، ولهذا قلنا: إن الحمل إذا سقط، وضاق الوقت عن الذبح في المذبح، فحرمه في غير المذبح حتى مات لا يحل؛ لوجود ما يقوم مقام القدرة على ذكاة الاختيار، وهو حصوله في يده حياً. [الكفاية ٥٢/٩] قائم مقام التمكن: أي ثبوت يده على الذبح قائم مقام التمكن عن الذبح. (البنية) يتفاوتون فيها: فمنهم من يتمكن في ساعة، ومنهم من لا يتمكن إلا بأكثر من ساعة. (البنية) ميت حكماً: فلم يبق محلاً للذبح. [البنية ٤٩١/١١]

ليس بمذبح: أي ليس بمحل للذبح؛ لأن ما بقي اضطراب المذبوح لا الحياة المعتبرة. [الكفاية ٥٢/٩-٥٣] لم يؤكل: لأن التقصير من قبله حيث لم يجعل آلة الذكاة مع نفسه. (الكفاية) لم يؤكل عندنا: وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل^{رحمتهما}: يحل استحساناً، وهو قول الشافعي^{رحمته}؛ لأنه لم يقدر على الأصل لضيق الوقت، فبقيت ذكاة الاضطرار موجهة للحل؛ وبالأستحسان أخذ القاضي فخر الدين قاضي خان^{رحمته}. [الكفاية ٥٣/٩]

وهذا: أي ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بنون الذكاة فيها. (البنية) حل: لأنه لا يتوهم بقاؤه بعد ذلك. [البنية ٤٩٢/١١]

وقيل: هذا قولهما. أما عند أبي حنيفة رحمته: لا يؤكل أيضاً؛ لأنه وقع في يده حياً، فلا يحل، إلا بذكاة الاختيار ردّاً إلى المتردية على ما ذكره إن شاء الله تعالى، هذا الذي ذكرناه إذا ترك التذكية، فلو أنه ذكّاه: حلّ أكله عند أبي حنيفة رحمته، وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة، والذي يقرّ الذئب بطنه، وفيه حياة خفية، أو بيّنة، وعليه الفتوى؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ استثناءً مطلقاً من غير فصل، وعند أبي يوسف رحمته: إذا كان بحال لا يعيش مثله: لا يحل؛ لأنه لم يكن موته بالذبح، وقال محمد رحمته: إن كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح بالذكاة، وإلا فلا؛

وقيل: هو قول أبي بكر الرازي. (العناية) إلى المتردية: أي قياساً عليه واعتباراً به، والمتردية التي تقع في البئر، أو تسقط من الجبل ونحوه، والجامع عدم نوعي الذكاة الاضطرارية والاختيارية، وذلك في المتردية ظاهر، وكذلك فيما نحن فيه؛ لأنه لما وقع في يده حياً بطل الذكاة الاضطراري، ولم يوجد الذكاة الاختياري، فصار نظير المتردية، فلا يؤكل. (الكفاية) الذي ذكرناه: أي أنه لا يؤكل عنده إذا شق بطنه، وأخرج ما فيه. [البنية ٤٩٣/١١] فلو أنه ذكّاه إلخ: هذا ليس لبيان الخلاف، بل هذا لبيان الإجماع؛ لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة، فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة، فعند أبي حنيفة رحمته: ذكاته الذبح، وقد وجد، وعندهما: حل بلا ذبح. [الكفاية ٥٣/٩]

المتردية: هي التي تردت من جبل، أو سقطت في بئر فماتت. (البنية) والنطيحة: أي التي نطحتها أخرى، فماتت بالنطح. (البنية) والموقوذة: التي ألحقوها ضرباً بعضاً أو حجر حتى ماتت. (البنية) وعليه الفتوى: أي على حل الأكل إذا ذكي الصيد وفيه حياة في جميع الأحوال، وهو قول أبي حنيفة رحمته. [البنية ٤٩٣/١١]

من غير فصل: أي باستثناء ما ذكيت عن المحرمات مطلقاً. (البنية) وعند أبي يوسف رحمته: أي لا بد من حياة بيّنة، وهي: أن يكون بحال يعيش مثله، فأما إذا لم يكن كذلك: فلا يحل أكله؛ لأنه لم يكن موته بالذبح، وقال محمد رحمته: لا بد من حياة بيّنة وهو: أن يكون بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح، فإن كان كذلك حلّ أكله، إلا فلا. [العناية ٥٣/٩] إذا كان: أي كل واحد من المتردية وغيرها.

لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه. قال: ولو أدركه ولم يأخذه، فإن كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه: لم يؤكل؛ لأنه صار في حكم المقدور عليه. وإن كان لا يمكنه ذبحه: أُكِلَ؛ لأنَّ اليد لم تثبت به، والتمكُّن من الذبح لم يوجد. وإن أدركه فذكَّاه: حل له؛ لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة، فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة، فعند أبي حنيفة رحمته: ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد، وعندهما: لا يحتاج إلى الذبح. وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد، وأخذ غيره: حل، وقال مالك رحمته: لا يحل؛ لأنه أخذه بغير إرسال؛ إذ الإرسال مختص بالمشار إليه. ولنا: أنه شرط غير مفيد؛ لأن مقصوده حصول الصيد؛ إذ لا يقدر على الوفاء به؛ إذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه، فسقط اعتباره. ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الإرسال، فلو قتل الكل: يحل بهذه التسمية الواحدة؛ لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه، ولهذا تُشترط التسمية عنده، والفعل واحد، فتكفيه تسمية واحدة،

الإرسال

ما قررناه: أراد به قوله: لأن ما بقي اضطراب المذبح. (الكفاية) ولو أدركه: يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذه الصائد، وههنا أدركه، ولم يأخذه. [العناية ٥٣/٩] وإن كان إلخ: وهذا بلا خلاف بين العلماء. [البنية ٤٩٥/١١] ما ذكرناه: إشارة إلى قوله: لأنه وقع في يده حياً. (العناية) فسقط اعتباره: لأن ما لا يدخل تحت القدرة سقط اعتباره كما قلنا في البازي: إنه سقط اعتبار ترك الأكل؛ لاستحالة تعليمه، ولا يقال: جاز أن يكون مقصوده المعين؛ لأننا نقول: لو كان مقصوده المعين كان باعتبار أنه صيد لا باعتبار أنه هو. (الكفاية) ولو أرسله إلخ: هذه من مسائل الأصل ذكرها تفريعاً. [البنية ٤٩٦/١١] ما بيناه: أي في أوائل كتاب الذبح حيث قال: وفي الصيد عند الإرسال والرمي. [الكفاية ٥٤/٩]

بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة؛ لأن الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول، فلا بد من تسمية أخرى، حتى لو أضعج إحداهما فوق الأخرى، وذبحهما بمرة واحدة: تحلان بتسمية واحدة. ومن أرسل فهذا، فكمن حتى يستمكن، ثم أخذ الصيد فقتله: يؤكل؛ لأن مكته ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة، فلا يقطع الإرسال. وكذا الكلب إذا اعتاد عاداته، ولو أخذ الكلب صيداً فقتله، ثم أخذ آخر فقتله، وقد أرسله صاحبه: أكل جميعاً؛ لأن الإرسال قائم لم ينقطع، وهو بمنزلة ما لو رمى سهماً إلى صيد، فأصابه وأصاب آخر. ولو قتل الأول فجثم عليه طويلاً من النهار، ثم مر به صيد آخر فقتله: لا يؤكل الثاني؛ لانقطاع الإرسال بمكته؛ إذ لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ، وإنما كان استراحة، بخلاف ما تقدم. ولو أرسل بازيه المعلم على صيد، فوقع على شيء، ثم أتبع الصيد فأخذه وقتله: فإنه يؤكل، وهذا إذا لم يمكث زماناً طويلاً للاستراحة، وإنما مكث ساعة للتمكين؛ لما بيناه في الكلب. ولو أن بازياً معلماً أخذ صيداً فقتله،

أرسل فهذا: هذه أيضاً من مسائل "الأصل". (البنية) وكذا الكلب إلخ: أي وكذا حكم الكلب إذا اعتاد عادة الفهد قال الكرخي في "مختصره": وكذا الكلب إذا أرسله الرجل وصنع كما يصنع الفهد، فلا بأس بأكل ما صاد؛ وذلك لأن المكث إلخ. [البنية ٤٩٧/١١] ولو أخذ الكلب: هذه أيضاً من مسائل "الأصل". (البنية) فجثم عليه: من الجثومة، وهو البروك عليه. [البنية ٤٩٨/١١]

بخلاف ما تقدم: وهو قوله: فكمن حتى يتمكن. (الكفاية) ولو أرسل بازيه: هذه أيضاً من مسائل "الأصل". (البنية) فوقع على شيء: من عادة البازي أنه يقع على شيء، وينظر إلى صيده الثانية من الجانب الذي يتمكن من أخذه، وهو بمنزلة كمين الفهد، فلا ينقطع به فور الإرسال. [الكفاية ٥٤/٩]

ولو أن بازياً إلخ: هذه أيضاً من مسائل "الأصل". [البنية ٤٩٩/١١]

ولا يدري أرسله إنسان أم لا: لا يؤكل؛ لوقوع الشك في الإرسال، ولا تثبت الإباحة بدونه. وإن خنقه الكلب ولم يجرحه: لم يؤكل؛ لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على الإرسال ما ذكرناه، وهذا يدل على أنه لا يحل بالكسر، وعن أبي حنيفة رحمته: أنه إذا كسر عضواً فقتله لا بأس بأكله؛ لأنه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة. وجه الأول: أن المعتبر جرح ينتهض سبباً لإفهار ^{الكسر} الدم، ولا يحصل ذلك بالكسر، فأشبهه التخنيق. وإن شاركه كلب غير معلّم، أو كلب مجوسي، أو كلب لم يُذكر اسم الله عليه، ^{يقوم} في الأخذ والجرح يريد به عمداً: لم يؤكل؛ لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه، ولأنه اجتمع المبيع والمحرم، فيغلب جهة الحرمة نصاً،* أو احتياطاً. ^{في أول الباب} ولو ردّه عليه الكلب الثاني، ولم يجرحه معه،

ما ذكرناه: إشارة إلى قوله: ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية. (البنية) لا يحل بالكسر: قال القدوري: أما إذا لم يجرحه ولم يخنقه لكنه كسر عضواً منه فمات، فإن أبا الحسن الكرخي ذكر أنه لم يحل عند أبي حنيفة شيئاً مصرحاً، فقد حكى عن محمد المسألة في "الزيادات"، وأجاب فيها جواباً مطلقاً أنه إذا لم يجرح لا يؤكل، وهذا يقتضي أن لا يحل بالكسر. [البنية ٤٩٩/١١]

يريد به: عمد من كلام المصنف، قيد به؛ لأنه لو تركه ناسياً يؤكل. (البنية) احتياطاً: لأن الحرام واجب الترك، والحلال جائز الترك، فكان الاحتياط في الترك. (الكفاية) ولو ردّه عليه إلخ: هذه من مسائل "الأصل" ذكره تفریعاً. [البنية ٥٠١/١١] أي ولو رد الكلب الثاني الصيد على الكلب الأول، يعني إذا كان الصيد يفر من الكلب الأول، فاستقبله كلب آخر غير معلّم، فردّه حتى أخذه الكلب الأول يكره أكله قيل: كراهة تنزيه، وقيل: كراهة تحريم، وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني. [الكفاية ٥٤/٩]

* كأنه يشير إلى حديث: ما اجتمع الحلال والحرام، إلا غلب الحرام الحلال، وهذا الحديث وجدته موقوفاً على ابن مسعود رضي الله عنه، أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" في الطلاق حدثنا سفيان الثوري عن جابر عن الشعبي قال: قال عبد الله: ما اجتمع حلال وحرام، إلا غلب الحرام الحلال، قال سفيان: وذلك في الرجل يفجر بامرأة وعنده ابنتها أو أمها، فإنه يفارقها، قال البيهقي في "سننه": وجابر ضعيف، والشعبي عن ابن مسعود منقطع. [نصب الراية ٣١٤/٤]

ومات يجرح الأول: يُكره أكله؛ لوجود المشاركة في الأخذ وفقدتها في الجرح، وهذا بخلاف ما إذا رُدَّه المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره؛ لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب، فلا تتحقق المشاركة، وتتحقق بين فعلي الكلبين؛ لوجود المجانسة. ولو لم يرده الكلب الثاني على الأول، لكنه اشتدَّ على الأول حتى اشتدَّ على الصيد، فأخذه وقتله: لا بأس بأكله؛ لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلباً، فكان تبعاً لفعله؛ لأنه بناء عليه، فلا يضاف الأخذ إلى التبع، بخلاف ما إذا كان رُدَّه عليه؛ لأنه لم يصِرْ تبعاً، فيضاف إليهما. قال: وإذا أرسل المسلم كلبه، فزجره مجوسي، فأنزجر بزجره: فلا بأس بصيده، والمراد بالزجر: الإغراء بالصَّيَّاح عليه، وبالانزجار: إظهار زيادة الطلب. ووجهه: أن الفعل يُرفع بما هو فوقه، أو مثله كما في نسخ الآي، والزجر دون الإرسال؛ لكونه بناء عليه. قال: ولو أرسله مجوسي، فزجره مسلم فأنزجر: لم يؤكل؛ لأن الزجر دون الإرسال، ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة،

الكلب الثاني: وهو كلب المجوسي أو الكلب الجاهل. (البنية) ازداد به طلباً: أي حيث ازداد الكلب المرسل باشتداد الكلب الثاني طلباً للصيد. (البنية) الأخذ إلى التبع: أي أخذ الصيد إلى التبع، وهو فعل الثاني. [البنية ٥٠٢/١١] فزجره: يقال: زجر الكلب فأنزجر، أي هيجه فهاج. (البنية) زيادة الطلب: أي طلباً للكلب للصيد هذا تفسير لأصل الفعل ومطاوعة، ولا شك أن الإنزجار مطوع الزجر كالانكسار. (البنية) أو مثله: أو بالمساوي لنسخ المفسر المفسر. [البنية ٥٠٣/١١]

كما في نسخ إلخ: فإن نسخ المحكم إنما يكون بالمحكم، ولا يكون نسخ المحكم بالمجمل. (الكفاية) ولهذا لم تثبت به: [أي لكون الزجر دونه] يعني إذا أرسل المسلم، فزجر المجوسي لم تثبت شبهة الحرمة، فأولى أن لا يثبت به الحل فيما إذا زجره المسلم بعد إرسال المجوسي؛ لأن الحرمة أسرع ثبوتاً؛ لأن مبنائها على الاحتياط، فلما لم يؤثر فيما هو أسرع ثبوتاً، فلا ن لا يؤثر فيما هو أبطأ ثبوتاً، وهو الحل أولى. [الكفاية ٥٥/٩]

فَأَوْلَى أَنْ لَا يَثْبِتَ بِهِ الْحَلَّ، وَكُلَّ مَنْ لَا تَحُوزُ ذَكَائِهِ كَالْمُرْتَدِّ وَالْمُحْرَمِ، وَتَارِكُ
 التَّسْمِيَةِ عَامِداً فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْمُجُوسِيِّ. وَإِنْ لَمْ يَرْسِلْهُ أَحَدٌ، فَرَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَانْزَجِرْ،
 فَأَخِذْ الصَّيْدَ: فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ؛ لِأَنَّ الزَّجَرَ مِثْلَ **الانفلات**؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ دُونَهُ مِنْ
 حَيْثُ إِنَّهُ بِنَاءٍ عَلَيْهِ، فَهُوَ فَوْقَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ فَعَلَ الْمَكْلَفَ فَاسْتَوِيَ **فَصَلَحَ نَاسِخاً**. وَلَوْ
 أَرْسَلَ الْمُسْلِمُ كَلْبَهُ عَلَى صَيْدٍ وَسَمَّى، فَأَدْرَكَهُ فَضْرِبَهُ **وَوَقَّذَهُ**، ثُمَّ ضْرِبَهُ فَقَتَلَهُ: أَكَلَ،
 وَكَذَا إِذَا أَرْسَلَ كَلْبَيْنِ، فَوَقَّذَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ قَتَلَهُ الْآخَرُ: أَكَلَ؛ لِأَنَّ الْامْتِنَاعَ عَنِ الْجَرْحِ
 بَعْدَ الْجَرْحِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ التَّعْلِيمِ، **فَجُعِلَ عَفْواً**. وَلَوْ أَرْسَلَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ
 مِنْهُمَا كَلْباً، فَوَقَّذَهُ أَحَدُهُمَا، وَقَتَلَهُ الْآخَرُ: أَكَلَ؛ لَمَّا بَيْنَا، وَالْمِلْكُ لِلأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ
 أَخْرَجَهُ عَنِ حَدِّ الصَّيْدِيَّةِ، إِلَّا أَنْ الْإِرْسَالَ مِنَ الثَّانِي حَصَلَ عَلَى الصَّيْدِ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي
 الْإِبَاحَةِ وَالْحَرَمَةِ حَالَةُ الْإِرْسَالِ فَلَمْ يَحْرُمْ؛
 وهو الامتناع

مثل الانفلات: من حيث أن كل واحد منهما غير مشروط في حل الصيد، بخلاف الإرسال، والقياس: أن
 لا يحله بزجر المسلم؛ لأن زجره ليس بإرسال، وبدون الإرسال لا يحل؛ لأنه شرط، وجه الاستحسان: أنه لما
 انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الإرسال. [الكفاية ٥٥/٩] فصلح ناسخاً: أي فصلح الزجر ناسخاً
 للانفلات؛ لأنه متأخر؛ لأن الزجر أحد المستويين، والنسخ يثبت بما يساويه كما في نسخ الآي، وبقولنا قال
 مالك وأحمد في رواية. [البنية ٥٠٤/١١] ولو أرسل المسلم: ذكرها وما بعدها إلى فصل الرمي تفريعاً.
 ووقَّذ: أي أثخنه وأضعفه ووهنه لجراحه، ومنه الموقوذة. (البنية) فجعل عفواً: لأنه ليس في وسعه تعليمه
 على وجه يمتنع عن الجرح بعد الجرح، فجعل ذلك عفواً، وقوله: لأن الامتناع جواب شبهة تردف
 المسألتين، وهي: أن الضربة الثانية التي قتل الكلب بها إنما حصل بعد الإثخان الذي أخرجه من الصيد،
 فينبغي أن لا يحل، فأجاب عنه، فقال: لأن الامتناع إلخ. (البنية) لما بينا: أشار به إلى قوله: لأن الامتناع
 عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم، فجعل عفواً. [البنية ٥٠٥/١١]

بمخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول.

فصل في الرمي

ومن سمع حساً ظنه حسّ صيد فرماه، أو أرسل كلباً، أو بازياً عليه، فأصاب صيداً، ثم تبين أنه حسّ صيد: حلّ المصاب أيّ صيد كان؛ لأنه قصد الاصطياد، ^{ظلياً مثلاً} ^{إن كان مأكولاً} وعن أبي يوسف رحمته: أنه خصّ من ذلك الخنزير؛ لتغلظ التحريم، ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه، بمخلاف السباع؛ لأنه يؤثر في جلدها، وزفر رحمته ^{السباع} ^{جملة المسموع} حصّ منها ما لا يؤكل لحمه؛ لأن الإرسال فيه ليس للإباحة.

بمخلاف ما إذا إلخ: حيث لا يحل أكله؛ لأن الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد ذلك بالذبح في المذبح، فجرح الكلب في مثله موجب للحرمة، فلما اجتمع فيه الموجب للحرمة، والموجب للحل يغلب فيه الموجب للحرمة، وكذلك حكم الرمي على التفصيل على ما يجيء إن شاء الله تعالى. [الكفاية ٥٦/٩]

في الرمي: أي هذا فصل في بيان أحكام الرمي قد مر أنه ذكر أن هذا الكتاب مشتمل على فصلين: الأول: الجوارح وقد بينه، وهذا هو الثاني في الرمي، ونوع عن حكم الآلة الحيوانية، ثم شرع في بيان حكم الآلة الجمادية. [البنية ٥٠٦/١١] ومن سمع حساً: أي صوتاً خفيفاً ظنه حس صيد أي: ظن أن المسموع حس صيد فرمى فأصاب صيداً أي غير الذي سمع صوته؛ لأن النكرة إذا أعيدت كان الثاني غير الأول، ثم تبين أنه حس صيد أي تبين أن المسموع حس صيد يحتاج في أكله إلى الذبح أو الجرح، ويحترز بهذا القيد عما إذا ظنه طير الماء، فظهر أنه سمكة أو صيداً، فظهر أنه جراد لم يؤكل المصاب في رواية، ويؤكل في أخرى. [الكفاية ٥٦/٩]

أي صيد كان: يعني سواء كان مأكول اللحم أو غيره كذا في "مبسوط شيخ الإسلام" و"المحيط"، وبه قالت الثلاثة، وقال السغناقي: لا بد هاهنا من قيد، وإلا يلزم على إطلاقه ما لو كان المسموع حس سمكة فظنه طير الماء، ثم أصاب الرمي الصيد لم يحل ذكره في "المغني". (البنية) لتغلظ التحريم: يعني حرمة الخنزير تغليظه لا يجوز الانتفاع به بوجه. (البنية) لأنه يؤثر إلخ: أي لأن الاصطياد يؤثر في طهارة جلدها، فإذا أثر الاصطياد في طهارة جلدها جاز أن يؤثر في إباحة لحم ما أصابه كذا في "الذخيرة" و"المحيط". [البنية ٥٠٧/١١] ليس للإباحة: فكان هو والآدمي سواء. [العناية ٥٦/٩]

ووجه الظاهر: أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول، فوقع الفعل اصطياداً، وهو فعل مباح في نفسه، وإباحة التناول ترجع إلى المحل، فتثبت بقدر ما يقبله لحمًا وجلدًا، وقد لا تثبت إذا لم يقبله، وإذا وقع اصطيادًا صار كأنه رمى إلى صيد، فأصاب غيره، وإن تبين أنه حس ^{المحل} آدمي، أو حيوان أهلي: لا يحل المصاب؛ لأن الفعل ليس باصطياد، والطير ^{الحس المسموع} الداجن الذي يأوي ^{كالشاة والبقر} البيوت أهلي، والظبي الموثق بمنزلته؛ لما بينا. ولو رمى إلى طائر، فأصاب صيدًا، ومر الطائر،

فعل مباح إلخ: أي الاصطياد فعل مباح في نفسه؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾، والاصطياد أخذ الصيد، والصيد اسم لممتنع متوحش في الأصل، فكانت الآية دليلًا بعمومها على إباحة عموم الاصطياد، إلا أن الاصطياد إذا كان فيما حل أكله كان الغرض منه الانتفاع بجلده، أو شعره، أو ريشه أو دفع أذيته، وهذا معنى قوله: "وإباحة التناول ترجع إلى المحل، فتثبت بقدر ما يقبله لحمًا وجلدًا"، أي يثبت التناول بقدر ما يقبل المحل المتناول من حيث اللحم، ومن حيث الجلد يعني إذا كان يقبل المحل تناول اللحم يثبت بتناول اللحم، وإذا كان يقبل تناول الجلد؛ لأن اللحم يثبت ذلك فينتفع بجلده، وإن لم يقبل تناولهما جميعاً كما في الخنزير، فحينئذ يكون الاصطياد لدفع أذيته، فإذا كان الاصطياد مباحاً حل المصاب إذا كان مأكول اللحم، وإن كان المسموع حسه لا يحل أكله. [البنية ٥٠٨/١١]

لا يحل المصاب: لأنه رمى إلى غير صيد، فلم يتعلق به حكم الإباحة، فصار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره أي غير الصيد الذي رمى إليه إلى آدمي يعلم به، فأصاب صيد البر يؤكل، فإن قلت: أليس قصيد الاصطياد؟ قلت: فعلة ليس باصطياد وإن كان قصده الاصطياد بناء على ظنه؛ لأن الرمي إليه صيد؛ لأن المحل لا يقبل الاصطياد لنفي ظنه. [البنية ٥٠٨/١١-٥٠٩]

باصطياد: إذ الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش. [العناية ٥٧/٩] يأوي البيوت: أي يسكنها وينزل فيها. (البنية) أهلي: أي حكمه حكم الأهلي في أنه لا يحل المصاب؛ لأن ما آواه البيوت، وقد ثبت اليد عليه. (البنية) والظبي الموثق: أي المشدد يقال: وثقه أي شده بالوثاق. (البنية) لما بينا: أشار به إلى قوله: لأن الفعل ليس باصطياد، وحل الصيد لوجود فعل الاصطياد. [البنية ٥٠٩/١١]

ولا يدري وحشيُّ هو أو غير وحشيٍّ: حلَّ الصيد؛ لأن الظاهر فيه التوحُّش، ولو رمى إلى بَعِيرٍ فأصاب صيداً، ولا يدري نادٍ هو أم لا: لا يحلَّ الصيد؛ لأن الأصل فيه الاستئناس، ولو رمى إلى سمكة، أو جرادة، فأصاب صيداً يحلَّ في رواية عن أبي يوسف رحمته الله؛ لأنه صيد، وفي أخرى عنه لا يحلَّ؛ لأنه لا ذكاة فيهما. ولو رمى فأصاب المسموعَ حسَّه، وقد ظنه آدمياً، فإذا هو صيد: يحلَّ؛ لأنه لا معتبر بظنه مع تعيينه. وإذا سَمَّى الرجلُ عند الرمي: أكلَ ما أصاب إذا جرح السهمُ فمات؛ لأنه ذابحٌ بالرمي؛ لكون السهم آلةً له، فتشترط التسميةُ عنده، وجميعُ البدن محل لهذا النوع من الذكاة، ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه. وإن أدركه حياً: ذكَّاه، وقد بيناها بوجوهها، والاختلاف فيها في

الفصل الأول، فلا نعيده. قال: وإذا وقع السهمُ بالصيد، فتحامل حتى غاب عنه،

فيه التوحُّش: حتى يعلم الاستئناس، فتعلق برميهِ الإباحة. (البنية) نادٍ: أي البعير نادٍ أم لا من ند البعير ندًا ونددًا إذا ذهب على وجهه شاردًا كذا في الجمهرة. [البنية ٥٠٩/١١] لأنه لا ذكاة إلخ: يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيد من شرطه أن يكون حلَّ أكله مشروطاً بالذبح، حتى لو سمع حساً فظنه صيداً، فرماه فأصاب ظبياً، ثم تبين أن المسموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد. [العناية ٥٧/٩]

وإذا سَمَّى الرجلُ إلخ: هذا لفظ القدوري في "مختصره". (البنية) ما بيناه: يعني في فصل الجوارح بقوله: ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية إلخ. [العناية ٥٧/٩] ذكَّاه: لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، فبطل حكم البدل. (البنية) الفصل الأول: وهو فصل الجوارح. [البنية ٥١١/١١]

فتحامل: التحامل في المشي أن يتكلفه على مشقة وإعياء، يقال: تحاملت في المشي، ومنه ربما يتحامل الصيد ويتطير أي يتكلف الطيران، والتحامل أيضاً الظلم، يقال: تحامل على فلان إذا لم يعدل، إلا أن الأول يحمل نفسه على تكلف المشي، والثاني يحمل الظلم على الآخر. [الكفاية ٥٨/٩]

ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً: أكل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً: لم يؤكل؛ لما روي عن النبي ﷺ: "أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي، وقال: "لعل هوام الأرض قتلتها"،* ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم، فما ينبغي أن يحلّ أكله؛ لأن الموهوم في هذا كالمحقق؛ لما روينا، إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه؛ لإمكان التحرز عن توارٍ يكون بسبب عمله، والذي روينا حجة على مالك رحمه الله في قوله: إن ما توارى عنه إذا لم يبتّ يحل، فإذا بات ليلة لا يحل. ^{الصائغ} ^{من الحديث}

لم يؤكل: قال الزيلعي في شرح "الكنز": وجعل قاضي خان في "فتاواه" من شرط حل الصيد: أن لا يتوارى عن بصره، فقال: لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر لا يحل؛ لقول ابن عباس رضي الله عنهما: "كل ما أصميت ودع ما أئمت" والإصماء ما رأيت، والإئماء ما توارى عنك، وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه. [نتائج الأفكار ٥٨/٩-٥٩] لما روينا: أشار به إلى قوله ﷺ: "لعل هوام الأرض قتلتها". (البنية) لا يعرى الاصطياد إلخ: لأن الاصطياد لا يخلو عن التغيب عن بصره خصوصاً في الغياض والمستأجر، والطير بعد ما أصابه السهم يتحامل ويظهر حتى يغيب عن بصره، فيسقط اعتباره ضرورة إذا كان في طلبه؛ لأن الطلب كالواجد. (البنية) إذا لم يبتّ يحل: يعني وإن رأى فيه أثر سبع، واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك، وكأنه بنى الأمر على الغالب؛ لأنه إذا بات عنه قعد عن طلبه غالباً. [العناية ٥٨/٩] كونه حجة عليه؛ لأن فيه أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي. [البنية ٥١٦/١١]

* روى مسنداً ومرسلاً، فالمسند عن أبي رزين وعن عائشة. [نصب الراية ٣١٤/٤] أخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن أبي رزين قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ بأرنب، فقال: إني رميت أرنباً فأعجزني طلبها حتى أدركني الليل، فلم أقدر عليها حتى أصبحت فوجدتها وفيها سهمي، فقال: "أصميت أو أئمت؟" قال: لا بل أئمت، قال: "إن الليل خلق من خلق عظيم لا يقدر خلقه إلا الذي خلقه لعله أعان على قتلها شيء أنبذها عنك". [٥/٢٦٩-٢٧٠، باب الرجل يرمي الصيد ويغيب عنه ثم يجذ سهمه فيه]

ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه: لا يحل؛ لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه، فاعتبر محرماً، بخلاف وهم الهوام، والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه. قال: وإذا رمى صيداً، فوقع في الماء، أو وقع على سطح أو جبل، ثم تردى منه إلى الأرض: لم يؤكل؛ لأنه المتردية، وهي حرام بالنص؛ لأنه احتمال الموت بغير الرمي؛ إذ الماء مهلك، وكذا السقوط من عالٍ، يؤيد ذلك قوله عليه لعدي رحمه الله: "وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل، فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك".*

لأنه موهوم: لأن الصيد قد يخلو عن رمي الغير، فاعتبر محرماً. (العناية) وهم الهوام: فإن احتمال قتل الهوام لازم في كل صيد يغيب عن عين الصائد، فسقط اعتبار ذلك ما دام في طلبه؛ كيلا ينسد باب الاصطياد؛ لأنه لا يعرى الاصطياد عنه عادة، بخلاف ما إذا وجد به جراحة سوى جراحة السهم حيث لا يحل؛ لاحتمال الموت بها، وهذا الاحتمال ليس بلازم في كل ما يغيب عن العين، فلا يسقط عبرته. [الكفاية ٥٩/٩]

في الرمي إلخ: يعني إذا أرسل الكلب أو البازي المعلم على الصيد، فجرحه فغاب، ثم وجدته ميتاً، فإن كان لم يقعد عن طلبه حل إذا لم يكن به جراحة أخرى، فإن قعد عن طلبه أو كان به جراحة أخرى لم يحل. (البنية) لم يؤكل: هذا إذا لم يقع الجرح مهلكاً في الحال، أما إذا وقع الجرح مهلكاً، والحياة التي بقيت في الصيد مثل الحياة في المذبوح بعد الذبح، فوقع في الماء، أو على السطح، أو على الجبل ثم تردى إلى الأرض لم يضر، بل يؤكل على ما قال في هذا الفصل، ولهذا لو وقع في الماء، وبه هذا القدر من الحياة، أو تردى من جبل، أو سطح لا يحرم، وإنما قيد بقوله: ثم تردى منه إلى الأرض؛ لأنه إذا وقع على الجبل ابتداءً، أو على السطح، فاستقر عليه، ولم يترد تؤكل. [الكفاية ٥٩/٩] وكذا السقوط إلخ: أي وكذا لا يؤكل إذا سقط من مكان عال. [البنية ٥١٨/١١]

*أخرجه البخاري ومسلم عنه. [نصب الراية ٣١٦/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عدي بن حاتم رحمه الله قال: سألت رسول الله ﷺ عن الصيد قال: "إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله"، فإن وجدته قد قتل فكل، إلا إن تجده قد وقع في ماء، فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك". [رقم: ٥٤٨٤، باب الصيد إذا غاب عنه يومين أو ثلاثة]

وإن وقع على الأرض ابتداءً: أكل؛ لأنه لا يمكن الاحترازُ عنه، وفي اعتباره سدُّ باب الاصطياد، بخلاف ما تقدم؛ لأنه يمكن التحرُّزُ عنه، فصار الأصل: أن سبب الحرمة والحلُّ إذا اجتماعاً، وأمكن التحرُّزُ عمّا هو سبب الحرمة ترجيحاً ^{الأمير الكلي} جهة الحرمة احتياطاً، وإن كان مما لا يمكن التحرُّزُ عنه جرى وجوده مجرى عدمه؛ لأن التكليف بحسب الوُسْع فيما يمكن التحرُّزُ عنه إذا وقع على شجر، أو حائط، أو آجرة، ثم وقع على الأرض، أو رماه، وهو على جبل، فتردَّى من موضع إلى موضع حتى تردَّى إلى الأرض، أو رماه فوق على رمح منصوب، أو على قصبة قائمة، أو على حرف آجرة؛ لاحتمال أن حدَّ هذه الأشياء قتله، ومما لا يمكن الاحترازُ عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه، أو على ما هو في معناه كجبل، أو ظهر بيت، أو لبنة موضوعة، أو صخرة، فاستقر عليها؛ لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء، وذكر في "المنتقى": لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل؛ لاحتمال الموت بسبب آخر، وصحَّحه الحاكم الشهيد رحمته، وحمل مطلق المروي في الأصل على غير حالة الانشقاق، وحمله شمس الأئمة السرخسي رحمته على ما أصابه حدُّ الصخرة،

بخلاف ما تقدم: وهو ما إذا وقع على جبل ونحوه ثم تردى إلى الأرض. (البنية) التحرزُ عنه: أي عن وقوعه على سطح أو جبل أو نحوهما. [البنية ٥١٨/١١] فتردى إلخ: ففي هذه الأشياء كلها لا يؤكل. (البنية) في المنتقى: يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية "الأصل"، وهي قوله: أو صخرة فاستقر عليها، وبين رواية "المنتقى". [العناية ٦٠/٩] لاحتمال الموت إلخ: وهذا يخالف ما في "الأصل"؛ لأنه في "الأصل" لم يفصل بين إن شقت بطنه أو لم تشق. (البنية) وصحَّحه الحاكم: أي ما ذكره في "المنتقى" لذلك. [البنية ٥٢٠/١١] وحمله شمس الأئمة: أي ما ذكر في "المنتقى". [الكفاية ٦٠/٩]

فانشق بطنه بذلك، وحمل المروي في الأصل، على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصبه من الأرض لو وقع عليها، وذلك عفو، وهذا أصح، وإن كان الطير مائياً، فإن كانت الجراحة لم تنغمس في الماء: أكل، وإن انغمست: لا يؤكل كما إذا وقع في الماء. قال: وما أصابه المعراض بعرضه: لم يؤكل، وإن جرحه: يؤكل؛ لقوله عليه السلام: "ما أصاب بحده فكل، وما أصاب بعرضه فلا تأكل"،* ولأنه لا بد من الجرح؛
باب المعراض

ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه.
في فصل الجوارح

فانشق بطنه: وهذا سبب لموته سوى الذكاة. [الكفاية ٦٠/٩] وذلك عفو: كما إذا وقع على الأرض وانشق بطنه. (العناية) وهذا: أي ما فعله شمس الأئمة أصح؛ لأن المذكور في "الأصل" مطلق، فيجري على إطلاقه، وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج إلى الفرق بين الجبل والأرض في الانشقاق، فإنه لو انشق بوقوعه على الأرض أكل، وقد ذكر أنه في معناه. [العناية ٦٠/٩] كان الطير مائياً: يعيش في الماء ووقع في الماء بعد الجراحة ومات. الجراحة لم تنغمس إلخ: بأن كانت الجراحة فوق الماء.

أكل: لأنه علم أنه مات من الجراحة لا من الماء؛ لأنه يعيش في الماء، في "الدر المختار": لو... الطير مائياً فوقه فيه، فإن انغمس جرحه فيه حرم، وإلا حل؛ لأنه لا يحتمل موته بسبب الماء. وذكر في "الخانية": إن وقع في الماء فمات لا يؤكل، لعل أن وقوعه في الماء قتله، ويستوي في ذلك طير الماء؛ لأن طير الماء إنما يعيش في الماء غير مجروح، وهكذا في "الفتاوى العالمة"، ونقله في "الذخيرة" عن السرخسي رحمه الله، كذا في "رد المختار". المعراض: المعراض: السهم بلا ريش يمضي عرضاً، فيصيب بعرضه لا بحده كذا في "المغرب". [الكفاية ٦٠/٩]

* أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن عدي بن حاتم. [نصب الراية ٣١٦/٤] أخرجه مسلم عن عدي بن حاتم قال: قلت: يا رسول الله ﷺ إني أرسل الكلاب المعلمة فيمسكن علي، وأذكر اسم الله عليه؟ فقال: "إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله عليه، فكل"، قلت: وإن قتلن؟ قال: "وإن قتلن، ما لم يشركها كلب ليس معها"، قلت له: فإني أرمي بالمعراض الصيد فأصيب، فقال: "إذا رميت بالمعراض فخرق فكله. وإن أصابه بعرضه فلا تأكله". [رقم: ٤٩٧٢، باب الصيد بالكلاب المعلمة والرمي]

قال: ولا يؤكل ما أصابته البندقة، فمات بها؛ لأنها تدق وتكسر ولا تجرح، ^{الفدوري} فصار كالمعراض: إذا لم يخزق، وكذلك إن رماه بحجر، وكذلك إن جرحه قالوا: تأويله إذا كان ثقيلاً وبه حدة؛ لاحتمال أنه قتله بثقله، ^{أي لا يؤكل} وإن كان الحجر خفيفاً، وبه حدة: يحل؛ لتعين الموت بالجرح، ولو كان الحجر خفيفاً، وجعله طويلاً كالسهم، وبه حدة: فإنه يحل؛ لأنه يقتله بجرحه، ولو رماه بمروءة حديدة، ^{أي حادة} ولم تبضع بضعة: لا يحل؛ لأنه قتله دقاً، وكذا إذا رماه فأبان رأسه أو قطع أوداجه؛ لأن العروق تنقطع بثقل الحجر ^{أي لا يحل} كما تنقطع بالقطع، فوقع الشك، أو لعله مات قبل قطع الأوداج، ولو رماه بعصاً، أو بعود، حتى قتله: لا يحل؛ لأنه يقتله ثقلاً لا جرحاً، اللهم إلا إذا كان له حدة ^{العصا أو العود} يبضع بضعة، فحينئذ لا بأس به؛ لأنه بمنزلة السيف والرمح، والأصل في هذه المسائل: أن الموت إذا كان مضافاً إلى الجرح ييقن: كان الصيد حلالاً، ^{القاعدة الكلية}

فصار كالمعراض: أي المعراض إذا لم يخزق لا يؤكل، فكذا في البندقة، خزق المعراض أي نفذ، وبالراء المهملة تصحيف. (الكفاية) وكذلك إلخ: وهذا من مسائل "الأصل" ذكره تفریعاً؛ لأن الحجر يخزق ولا يقطع إذا لم يكن له حد، فيكون كالمعراض إذا أصاب بعرضه. (البنية) بمروءة: المروءة: حجر أبيض رقيق كالسكين له حد يذبح به. [الكفاية ٦٠/٩] تأويله: أي تأويل ما ذكره محمد في "الأصل". [البنية ٥٢٣/١١] أوداجه: الودجان: تشية ودج بفتحيتين عرقان عظيمان في جانبي قدام العنق بينهما الحلقوم والمرئي، كذا في "رد المختار" نقلاً عن القهستاني، وقد يقال: الأوداج تغلياً على عروق أربعة: منها هذان، والثالث: الحلقوم، وهو مجرى النفس على الصحيح، والرابع: المرئي، وهو مجرى الطعام والشراب كذا في "الدر المختار"، وقيل: إن المرئي مجرى النفس والحلقوم مجرى العلق والماء، وأما الودجان فهما مجرى الدم كذا قيل. اللهم إلا إذا: اللهم كلمة يؤتى بها قبل الاستثناء إذا كان المستثنى عزيزاً نادراً وكان قصدهم بذلك الاستظهار بمشيئة الله تعالى في إثبات كونه، ووجوده إيداناً بأنه بلغ من الندرة حد الشذوذ. [الكفاية ٦٠/٩]

وإذا كان مضافاً إلى الثقل يتيقن: كان حراماً، وإن وقع الشك ولا يدري مات بالجرح، أو بالثقل كان حراماً احتياطاً، وإن رماه بسيف أو بسكين، فأصابه بحده، فجرحه: حلّ، وإن أصابه بقفا السكين، أو بمقبض السيف: لا يحل؛ لأنه قتله دقاً، والحديد وغيره فيه سواء، ولو رماه فجرحه، ومات بالجرح إن كان الجرح مُدمياً: يحلّ بالاتفاق، وإن لم يكن مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين، سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة؛ لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم، وعند بعضهم: يُشترط الإدماء؛ لقوله عليه السلام: "ما أهر الدم وأفرى الأوداج فكل"، * شرط الإهار، وعند بعضهم: إن كانت كبيرة حلّ بدون الإدماء، وإن كانت صغيرة لابد من الإدماء، ولو ذبح شاة، ولم يسيل منه الدم، قيل: لا تحلّ، وقيل: تحلّ، ووجه القولين دخل فيما ذكرناه،

حل: لوجود القتل بحدة الآلة ووجود الجرح. (البنية) أو بمقبض إخ: المقبض من السيف - بفتح الميم وسكون القاف وكسر الباء الموحدة - حيث يقبض عليه بجميع الكف. (البنية) والحديد وغيره فيه إخ: أي في القتل بالثقل، حتى لو ضربه بقطعة حديد فقطعه بثقلها لا يحل، وفي الشامل أخذ عوداً وحدده إن أصاب بحده يحل، وإلا فلا، فعلم أن العبرة للحد. [البنية ٥٢٥/١١] بدون الإدماء: لأنها إن كانت صغيرة فعدم الجرح لضيق المنفذ لا لعدم الدم، بخلاف ما إذا كانت كبيرة وهذا ظاهر. [البنية ٥٢٦/١١]

لا تحل: وهو قول أبي القاسم الصفار؛ لانعدام معنى الذكاة، وهو تسيل الدم النجس، وقال عليه السلام: "ما أهر الدم وأفرى الأوداج فكل". (الكفاية) وقيل: تحل: وهو قول أبي بكر الإسكاف، وكان يقول: لا بأس بأكله؛ لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه السلام: "الذكاة ما بين اللبة واللحين"، وقد يحتبس بعض الدم في العروق بحابس يحبسه كما إذا أكلت الشاة الغمات، وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق، فهذا مثله كذا في "المبسوط". [الكفاية ٦١/٩] فيما ذكرناه: وهو قوله: وإن كان مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين، وعند بعضهم يشترط الدماء إخ.

* تقدم هذا الحديث في "الذبائح".

وإذا أصاب السَّهْمُ ظَلَفَ الصيد، أو قرَّنه، فإن أدماه: حلٌّ، وإلا فلا، وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه. ^{ذكره تقريباً} قال: وإذا رمى صيداً، فقطع عضواً منه: ^{القدوري} أكل الصيد؛ لما بيناه، ولا يؤكل العضو. وقال الشافعي رحمته الله: أكل إن مات الصيد منه؛ لأنه مُبَانٌ بذكاة الاضطرار، ^{هذا القطع العضو} فيحل المبان والمبان منه كما إذا أُبِينَ الرأسُ بذكاة الاختيار، بخلاف ما إذا لم يمِتْ؛ لأنه ما أبين بالذكاة. ولنا: قوله عليه السلام: "ما أبين من الحيِّ فهو ميت"، ^{من القطع} ^{العضو} ذكر الحي مطلقاً، فينصرف إلى الحي حقيقةً وحكماً، والعضو المبان بهذه الصفة؛ لأن المبان منه حي حقيقة؛ لقيام الحياة فيه، وكذا حكماً؛ لأنه تُستَوْهَم سلامته بعد هذه الجراحة، ولهذا اعتبره ^{وقت الإبانة} ^{حي} الشرع حياً، حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة: يحرم، وقوله: أبين بالذكاة،

ما ذكرناه: يريد به قول أبي القاسم الصفار، فإنه شرط سيلان الدم. [العناية ٦١/٩] لما بيناه: أي أن الرمي مع الجرح مبيح، فلما قطع العضو كان الجرح موجوداً لا محالة، فيحل. [الكفاية ٦١/٩] ولا يؤكل العضو: المبان عندنا إذا كان الصيد يمكنه أن يعيش بعد الإبانة، وإن كان لا يعيش يؤكل المبان والمبان منه، وبه قال مالك وأحمد في رواية. [البنية ٥٢٧/١١] بهذه الصفة: يعني أبين حق الحي حقيقةً وحكماً. (البنية) يحرم: لجواز موته أن يكون بسبب وقوعه في الماء. [البنية ٥٣٠/١١] أبين بالذكاة: ذكره ليحيب عنه بقوله: قلنا، وتقريره: سلمنا أن ما أبين بالذكاة يؤكل، ولكن لا ذكاة ههنا؛ لأن هذا الفعل وهو إبانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحياة بعده؛ إذ الفرض ذلك، والجرح يعتبر ذكاة إذا مات منه، أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده، ولهذا لو وجدته، وفيه من الحياة فوق ما في المذبوح لأبد من ذبحه، وعند زوال الروح وإن كان ذكاة بالنسبة إلى الصيد، لكنه ليس بذكاة بالنسبة إلى المبان؛ لعدم تأثيره في موته؛ لفقد الحياة فيه حينئذ. [العناية ٦٢/٩]

*أخرجه أبو داود في "سننه" عن أبي واقد قال: قال النبي ﷺ: "ما قطع من البهيمة وهي حية فهي ميتة". [رقم ٢٨٥٨، باب في صيد قطع منه قطعة]

قلنا: حال وقوعه لم يقع ذكاة؛ لبقاء الروح في الباقي، وعند زواله لا تظهر في المبان؛
 لعدم الحياة فيه، ولا تبعية لزوالها بالانفصال، فصار هذا الحرف هو الأصل؛ لأن المبان
 من الحي حقيقةً وحكمًا لا يحل، والمبان من الحي صورة لا حكمًا يحل، وذلك بأن
 يسبق في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح، فإنه حياة صورة لا حكمًا،
 ولهذا لو وقع في الماء، وبه هذا القدر من الحياة، أو تردى من جبل أو سطح: لا يحرم،
 فتخرج عليه المسائل، فنقول: إذا قطع يداً، أو رجلاً، أو فخذاً، أو ثلثه مما يلي
 القوائم، أو أقل من نصف الرأس: يحرم المبان، ويحل المبان منه؛ لأنه يتوهم بقاء
 الحياة في الباقي، ولو قد بنصفين، أو قطعه أثلاثاً، والأكثر مما يلي العجز، أو قطع
 نصف رأسه، أو أكثر منه: يحل المبان والمبان منه؛ لأن المبان منه حي صورة لا حكمًا؛
 إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح، والحديث وإن تناول السمك وما أبين منه،
 فهو ميت، إلا أن ميتته حلال بالحديث الذي رويناه. ولو ضرب عنق شاة، فأبان
 رأسها: يحل لقطع الأوداج، ويكره هذا الصنيع لإبلاغه النخاع،

بقاء الحياة إلخ: بعد هذا القطع، ولا سيما في قطع اليد أو الرجل، فإنه ربما لا يموت ويصح منه. [البناءة ٥٣١/١١]
 والأكثر مما يلي إلخ: احتراز عما إذا كان الأكثر مما يلي الرأس، فإنه يؤكل الأكثر لا غير؛ وهذا لأن
 الأوداج من القلب إلى الدماغ، فإن أبان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاة؛ لعدم قطع الأوداج، وإنما
 وقعت بموته، والجزء مبان عند ذلك، وأما إذا أبان الثلث مما يلي الرأس، فقد وقع الذكاة بقطع الأوداج
 نفسه، وحينئذ لم يكن الجزء مباناً والباقي ظاهراً. [العناية ٦٢/٩]

بالحديث الذي إلخ: وهو "أحلت لنا ميتتان ودمان". [الكفاية ٦٢/٩] لإبلاغه النخاع: لما روي أنه ﷺ
 ففى أن ينزع الشاة إذا ذبحت، وقد مر الكلام فيه مستوفى في كتاب الذبائح. [البناءة ٥٣٢/١١]
 النخاع: النخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب. (النهاية)

وإن ضربه من قبل القفأ إن مات قبل قطع الأوداج: لا يحل، وإن لم يمِت حتى قطع
 الأوداج: حل. ولو ضرب صيداً فقطع يداً أو رجلاً، ولم يُبَنَّهُ، إن كان يتوهم الالتئام
 والاندمال، فإذا مات حلّ أكله؛ لأنه بمنزلة سائر أجزائه، وإن كان لا يتوهم بأن بقي
 متعلقاً بجلده: حلّ ما سواه؛ لوجود الإبانة معني، والعبرة للمعاني. قال: ولا يؤكل
 صيد الجحوسي والمرتد والوثني؛ لأنهم ليسوا من أهل الزكاة على ما بيناه في الذبائح، ولا بد
 منها في إباحة الصيد، بخلاف النصراني واليهودي؛ لأنهما من أهل الزكاة اختياراً فكذا
 اضطراراً. قال: ومن رمى صيداً فأصابه، ولم يُشَخِّنْهُ ولم يخرجْهُ عن حيز الامتناع، فرماه
 آخر فقتله: فهو للثاني ويؤكل؛ لأنه هو الآخذ، وقد قال عليه السلام: "الصيد لمن أخذ"، *

لا يحل: لأن الزكاة إنما تحصل إذا قطع الأوداج وهي حية، وقطع الأوداج حصلت وهي ميتة. (البنية)
 حل: لوجود الزكاة الشرعية. (البنية) حل أكله: أي مقطوع اليد أو الرجل. [البنية ١١/٥٣٢]
 ولا يؤكل إلخ: وذلك؛ لأن الجرح في الصيد بمنزلة الزكاة، فمن لم يكن أهلاً للزكاة كهولاء، فلا يحل
 صيده، ومن كان أهلاً لها حل صيده كالمسلم غير المحرم، واليهودي والنصراني، والولد الحادث بين
 اليهودي والجحوسي حل ذبيحته؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين ديناً، والكتابي أقرب إلى الإسلام.
 ولم يشخنه: أنخن الصيد إذا ضعفه وأخرجته من حيز الامتناع. (البنية) عن حيز إلخ: هذا تفسير لقوله:
 ولم يشخنه. (البنية) ويؤكل: لأن الثاني قتله قبل أن يخرج الصيد عن حيز الامتناع بإصابة الأول. [البنية ١١/٥٣٣]

* غريب، ووجدت في "كتاب التذكرة" لأبي عبد الله محمد بن حمدون، قال: قال إسحاق الموصلي: كنت
 يوماً عند الرشيد أغنيه، وهو يشرب، فدخل الفضل بن الربيع، فقال له: ما وراءك؟ قال: خرج إلي ثلاث
 جوار: مكية، والأخرى مدنية، والأخرى عراقية، فقبضت المدنية على آلي، فلما أنعظ قبضت المكية عليه،
 فقالت المدنية: ما هذا التعدي ألم تعلمي أن مالكاً حدثنا عن الزهري عن عبد الله بن ظالم عن سعيد بن زيد، =

وإن كان الأول أثخنه فرماه الثاني فقتله: فهو للأول، ولم يؤكل؛ لاحتمال الموت بالثاني، وهو ليس بذكاة للقدره على ذكاة الاختيار، بخلاف الوجه الأول، وهذا الموت بالثاني ^{عدم الأكل} إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد؛ لأنه حينئذ يكون الموت مضافاً إلى الرمي الثاني، وأما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح كما إذا أبان رأسه: يحل؛ لأن الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني؛ لأن وجوده وعدمه بمنزلة، وإن كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد إلا أنه بقي فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بأن كان يعيش يوماً أو ^{في المذبوح للاضطراب} ^{لولا الذكاة} دونه، فعلى قول أبي يوسف رحمته: لا يحرم بالرمي الثاني؛ لأن هذا القدر فيه من الحياة لا عبرة بما عنده، وعند محمد رحمته: يحرم؛ لأن هذا القدر من الحياة معتبرٌ عنده على ما عرف من مذهبه، **فصار الجواب فيه، والجواب فيما إذا كان الأول بحال** ^{الفصل الثاني} ^{الرمي الأول} يسلم منه الصيد سواءً، فلا يحل. قال: والثاني ضامنٌ لقيمته للأول، ^{القدوري}

فهو للأول: لأن الأول لما أثخنه قد صار أهلياً، فذكاته بالذبح لا بالرمي، بل الرمي في مثله يوجب الحرمة. (البنية) الوجه الأول: حيث كان قتل الثاني فيه ذكاة؛ لأن رمي الأول لم يخرج عن حكم الصيدية. [البنية ٥٣٤/١١] بمنزلة: أراد به أن وجوده وعدمه سواء. [البنية ٥٣٥/١١]

فصار الجواب إلخ: يعني إذا كان معتبراً على مذهبه كان الجواب في هذه المسألة عنده كالجواب فيما إذا كانت الرمية الأولى أثخنه وكان بحال يتوهم أن يسلم الصيد منهما، فمضى رماه الثاني لا يحل، فكذا هذا.

= قال: قال رسول الله ﷺ: "من أحب أرضاً ميتة فهي له"، فقالت المكبة: ألم تعلمي أنت أن سفيان حدثنا عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: "الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره"، فدفعتهما الثالثة عنه، ثم أخذته، وقالت: هذا لي، وفي يدي حتى تصطلحا. [نصب الراية ٣١٨/٤-٣١٩]

غير ما نقصته جراحته؛ لأنه بالرمي أتلِف صيداً مملوكاً له؛ لأنه ملكه بالرمي الأول
 المشخن، وهو منقوص بجراحته، وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف. قال رضي الله عنه: تأويله
 إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الأول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه، قول القدوري
 والثاني بحال لا يسلم الصيد منه؛ ليكون القتل كله مضافاً إلى الثاني، وقد قتل حيواناً
 مملوكاً للأول منقوصاً بالجراحة، فلا يضمه كمالاً كما إذا قتل عبداً مريضاً، وإن
 علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال في "الزيادات": يضمن الثاني
 ما نقصته جراحته، ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين، ثم يضمن نصف قيمة
 لحمه. أما الأول: فلأنه جرح حيواناً مملوكاً للغير، وقد نقصه، فيضمن ما نقصه
 أولاً. وأما الثاني: فلأن الموت حصل بالجراحتين، فيكون هو متلفاً نصفه، وهو
 مملوك لغيره، فيضمن نصف قيمته مجروحاً بالجراحتين؛ لأن الأولى ما كانت بصنعه،
 الجراحة الأولى الثاني

إذا علم إلخ: فإن علم أنه مات من الأول، فهو للأول، وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته؛ لأن الأول
 قد اصطاده، والفعل من الثاني نقص ملك الأول، فيضمن. [الكفاية ٦٣/٩] إذا قتل: فإنه لا يضمن قيمته
 صحيحاً. [البنية ٥٣٦/١١] في "الزيادات" إلخ: توضيح ذلك: أن الرامي الأول إذا رمى صيداً يساوي
 عشرة مثلاً، فنقصه درهمين، ثم رماه الثاني فنقصه درهمين يضمن الثاني للأول ما نقصته جراحته وهو
 درهمان، وبقي من قيمته ستة دراهم، فيضمن الثاني أيضاً نصفها وهو ثلاثة دراهم، وهي نصف قيمته
 مجروحاً بجراحتين، ثم إذا مات يضمن النصف للآخر وهو ثلاثة أيضاً؛ لأنه فوت عليه اللحم، ولا يضمن
 النصف الآخر من اللحم بعد الموت، وإن كان تفويت اللحم فيه موجود بقتله؛ لأنه ضمن ذلك النصف
 بعد الموت، وإن كان تفويت اللحم فيه موجود بقتله؛ لأنه ضمن ذلك النصف حياً، فلو ضمنه بعد الموت
 تكرر الضمان بأن يضمن قيمته حياً، ثم يضمن قيمته لحمًا بعد الموت، وهذا لا يجوز. [البنية ٥٣٧/١١]
 وأما الثاني: وهو ضمان نصف القيمة مجروحاً بجراحتين. [البنية ٥٣٧/١١]

والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانياً. وأما الثالث: فلأن بالرمي الأول صار بحال الجراحة الثانية يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني، فهذا بالرمي الثاني، أفسد عليه نصف اللحم، فيضمنه، ولا يضمن النصف الآخر؛ لأنه ضمنه مرة، فدخل ضمان اللحم فيه، وإن كان رماه الأول ثانياً، فالجواب في حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره، ويصير كما إذا رمى صيداً على قلة جبل، فأثخنه ثم رماه ثانياً، فأنزله: لا يحل؛ لأن الثاني محرّم كذا هذا. قال: ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل؛ لإطلاق ما تلونا، والصيد لا يختص بمأكول اللحم، قال قائلهم: شعر: صيدُ الملوك أرانبٌ وثعالبٌ وإذا ركبْتُ فصَيْديَ الأبطالِ

ولأن صيده سببٌ للانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه، أو لاستدفاع شرّه، وكل ذلك مشروع، والله أعلم بالصواب.

وأما الثالث: وهو ضمان نصف قيمة اللحم. (البنية) صار بحال يحل الخ: لأن الأول لما أثخنه، وأخرجه من حيز الامتناع صار بمنزلة شاة مملوكة لا يحل بذكاة الاضطرار، ويحل بذكاة الاختيار لو لم يكن رمي الثاني، فهو بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه. [الكفاية ٦٣/٩] وإن كان رماه الخ: يعني أن ما تقدم كان فيما إذا كان الرامي الثاني غير الرامي الأول، وهذا فيما إذا رماه الأول ثانياً. (العناية) في حكم الخ: يعني لا في حكم الضمان؛ لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه. [العناية ٦٣/٩] كذا هذا: أي يكون الرامي الثاني فيه محرّم. [البنية ٥٣٨/١١] ما تلونا: وهو قوله سبحانه وتعالى: ﴿وإذا خَلْتُمُ فَاصْطَادُوا﴾. (البنية) ولأن صيده: أي صيد ما لا يؤكل لحمه. [البنية ٥٤٠/١١]

كتاب الرهن

الرهن لغة: حبس الشيء بأي سبب كان، وفي الشريعة: جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن ^{أي شيء كان} كالديون، وهو مشروع؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، ولما روي: أنه ^{الحق} ^{بمعنى المهرن} اشترى من يهودي طعاماً ورهنه به ^{بقيته} درعه،* وقد انعقد على ذلك الإجماع، ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء، فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب ^{جوازه} وهي الكفالة. قال: الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول، ويتم بالقبض، ^{القدوري}

كتاب الرهن: أي هذا كتاب في بيان أحكام الرهن، وجه المناسبة بين كتاب الرهن وكتاب الصيد من حيث كونهما سبباً لتحصيل المال. (البنية) بأي سبب كان: من الأسباب كما في قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينٌ﴾ أي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي. (البنية) بحق: إنما قيده بقوله: بحق؛ لأن الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب أيضاً، والحق يشملها. [البنية ٥٤٢/١١]

كالديون: حتى لا يصح الرهن إلا بدين واجب ظاهراً وباطناً أو ظاهراً، فأما بدين معدوم فلا يصح؛ إذ حكمه ثبوت يد الاستيفاء، والاستيفاء يتلو الوجوب. [الكفاية ٦٤/٩] ولأنه عقد وثيقة: [الوثيقة ما يوثق به الشيء، ويؤكد به] وتقريره: أن للدين طرفين: طرف الوجوب وطرف الاستيفاء؛ لأنه يجب أولاً في الذمة، ثم يستوفي المال بعد ذلك، ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة، وهي الكفالة جائزة، فكذا الوثيقة التي تختص بالمال بل بالطريق الأولى؛ لأن الاستيفاء هو المقصود، والوجوب وسيلة إليه. (العناية) بالإيجاب والقبول: ركن الرهن: الإيجاب وهو قول الراهن: رهنتك هذا المال بدين لك علي وما أشبهه، والقبول: وهو قول المرتهن: قبلت. [العناية ٦٥/٩-٦٦]

*أخرجه البخاري ومسلم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها. [نصب الراية ٣١٩/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عائشة رضي الله عنها قالت: "اشترى رسول الله ﷺ طعاماً من يهودي بنسيئة ورهنه درعاً له من حديد". [رقم: ٢٢٥١، باب الكفيل في السلم]

قالوا: الركن: الإيجاب بمجرد؛ لأنه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة، والقبض شرط الزوم على ما نينه إن شاء الله تعالى، وقال مالك رحمته: يلزم بنفس العقد؛ لأنه يختص بالمال من الجانبين، فصار كالبيع؛ ولأنه عقد وثيقة، فأشبهه أي الإيجاب والقبول فيلزم بالقبول الكفالة. ولنا: ما تلوناه، والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر، ولأنه عقد تبرع؛ لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرهن شيئاً، ولهذا لا يجبر عليه، فلا بد من إمضاءه إتفاؤه الرهن كما في الوصية، وذلك بالقبض، ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية؛ لأنه قبض بحكم عقد مشروع، فأشبه قبض المبيع، وعن أبي يوسف رحمته: أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل؛

قالوا إلخ: أراد به شيخ الإسلام خواهر زاده، الركن الإيجاب بمجرد؛ لأنه عقد تبرع، وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع، فالرهن يتم بالتبرع، أما أنه عقد تبرع؛ فلأن الراهن لم يستوجب بإزاء ما أثبت للمرهن من اليد شيئاً عليه، ولا نعي بالتبرع إلا ذلك، وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع كالهبة والصدقة. [العناية ٦٦/٩] الإيجاب بمجرد: واختلفوا في القبول، قال بعضهم: إنه شرط، وظاهر ما ذكر في "المحيط" يشير إلى أنه ركن، فإنه قال في الأيمان: الإجارة بدون القبول ليست بإجارة، وكذا الرهن، حتى لا يحث من حلف لا يؤاجر أولاً يرهن بدون القبول، وهكذا ذكره في "المنتقى". [الكفاية ٦٧/٩] ما تلوناه: أراد به قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾. (البنية) والمصدر إلخ: أراد به لفظ رهان، فإنه جعله مصدراً. (البنية) يراد به الأمر: وهو قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ أي ارهنوا لكن ترك كونه معمولاً به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون، ولا قبوله على الدائن بالإجماع، فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض. [البنية ٥٤٦/١١] كما في الوصية: لأنها عقد تبرع لا يستحق إلا بالإمضاء، ولكن إمضائه بأن لا يرجع عنها صريحاً، أو دلالة. (البنية) بالتخلية: وهو رفع الموانع عن القبض، يعني أن الراهن إذا خلى بين المرهن والمرهون يعتبر قابضاً، كما إذا فعل البائع مثل ذلك في المبيع والمشتري. [البنية ٥٤٧/١١]

لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب، بخلاف الشراء؛ لأنه ناقل للضمان ^{قبض الراهن} من البائع إلى المشتري، وليس بموجب ابتداءً، والأول أصح. قال: فإذا قبضه المرتهن ^{القدوري} مُحَوَّزاً مفرغاً متميزاً تم العقد فيه؛ لوجود القبض بكماله، فلزم العقد، وما لم يقبضه: ^{عقد الرهن المرهون} فالراهن بالخيار إن شاء سلمه، وإن شاء رجع عن الرهن؛ لما ذكرنا أن اللزوم ^{المرهون} بالقبض؛ إذ المقصود لا يحصل قبله. قال: وإذا سلمه إليه فقبضه: دخل في ضمانه، وقال الشافعي ^{رحمته} هو أمانة في يده، ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه؛ لقوله ^{المرهون} "لا يَغْلَقُ

موجب للضمان: أراد بابتداء الضمان: أن لا يكون مضموناً قبل العقد، والرهن لم يكن مضموناً على الراهن، حتى يكون الرهن نقلاً للضمان، فكان وجوب الضمان على المرهن ابتداءً كما في الغصب. (الكفاية) بمنزلة الغصب: يعني كما أن المصوب لا يصير مضموناً بالتخلية بدون النقل، فكذلك المرهون. (الكفاية) بخلاف الشراء: جواب عن قياس وجه الظاهر بأن القبض في الشراء ناقل للضمان. [البنية ٥٤٨/١١] لأنه ناقل إلخ: فإن المبيع قبل التسليم إلى المشتري كان مضموناً على البائع بالثمن، فانتقل المبيع منه إلى المشتري بذلك الضمان على المشتري بالتسليم إليه، فلم يكون مضموناً ابتداءً. [الكفاية ٦٩/٩] والأول: أي ظاهر الرواية، وهو ثبوت القبض بمجرد التخلية بدون اشتراط النقل أصح؛ لأن حقيقة الاستيفاء يثبت بالتخلية، فالقبض الموجب ليد الاستيفاء يثبت بالتخلية. [البنية ٥٤٨/١١] مُحَوَّزاً: أي مقسوماً، وهو احتراز عن المشاع، فإنه لا يجوز عندنا، وقوله: مفرغاً أي عن ملك الراهن، وهو احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن، وقوله: متميزاً أي لم يكن الرهن متصلاً بغيره اتصال خلة كما لو رهن الثمر على رأس الشجر بدون الشجر؛ لأن المرهون متصل بغير المرهون خلة، فصار كالشائع. [الكفاية ٦٩/٩] لا يحصل قبله: أي قبل القبض؛ لأن الرهن استيفاء الدين حكماً، والاستيفاء حقيقة لا يكون بدون القبض، فكذا الاستيفاء حكماً؛ ولأن المقصود إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين، وإنما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرهن عليه، وذلك إنما يكون بالقبض. [الكفاية ٧٠/٩] لا يغلق إلخ: قال في الفائق: يقال: غلق الرهن غلوقاً إذا بقي في المرهن لا يقدر على تخليصه، كان من أفاعيل الجاهلية أن الرهن إذا لم يرد ما عليه في الوقت الموقت ملك المرهن الرهن.

الرَّهْن - قالها ثلاثاً -، لصاحبه غُثمُه وعليه غُرْمُه،* قال: ومعناه: لا يصير مضموناً بالدين، ولأن الرهن وثيقة بالدين، فبهلاكه لا يسقط الدين؛ اعتباراً بهلاك الصَّلْك؛ وهذا لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة. والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد، سقوط الدين وهو الصيانة سقوط الدين إذا لحق به يصير بعرض الهلاك، وهو ضد الصيانة. ولنا: قول النبي ﷺ للمرهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده: "ذَهَبَ حَقُّكَ"،**

وعليه غرمه: أي لو هلك هلك على الراهن. ومعناه: أي معنى قوله ﷺ: "لا يغلُق الرهن". (البنية) وهذا: أي سقوط الدين. [البنية ١١/٥٥٠] ذهب حَقُّكَ: وحقه الدين، فيكون ذاهباً، لا يقال: المراد به ذهب حَقُّكَ من الإمساك أو من المطالبة برهن آخر؛ لأن الأول مشاهد، فلا فائدة في الإنجاء عنه، والثاني ليس بحق له، ولأنه ذكر الحق في أول الحديث منكراً، أن رجلاً رهن فرساً عند رجل بحق له عليه، فنفق الفرس عند المرهن، فاختصما إلى النبي ﷺ، فقال للمرهن: "ذهب حَقُّكَ"، فذكر الحق منكراً، ثم أعاده معروفاً، وفي ذلك يكون الثاني عين الأول، كذا في "النهاية". [العناية ٩/٧٠]

* أخرجه ابن حبان في "صحيحه" في النوع الثالث والأربعين من القسم الثالث، والحاكم في "المستدرک" في البيوع. [نصب الراية ٤/٣١٩-٣٢٠] أخرجه الحاكم في "المستدرک" عن سفيان بن عيينة عن زياد بن سعد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: "لا يغلُق الرهن ممن رهنه، له غثمُه وعليه غرمُه". قال الحاكم: هذا حديث صحيح أعلى الإسناد على شرط الشيخين ولم يخرجاه. [٥١/٢، في البيوع]

** أخرجه ابن أبي شيبه في "مصنفه" حدثنا أبو بكر قال: حدثنا عبد الله بن المبارك عن مصعب بن ثابت، قال: سمعت عطاء يحدث أن رجلاً رهن رجلاً فرساً فنفق في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرهن: "ذهب حَقُّكَ". [١٨٣/٧ باب في الرجل يرهّن الرجل فيهلك] قال عبد الحق في "أحكامه" هو مرسل ضعيف، قال ابن القطان في كتابه: ومصعب بن ثابت ضعيف كثير الغلط وإن كان صدوقاً. [نصب الراية ٤/٣٢١] ورواه الطحاوي أيضاً بهذا الإسناد، ولفظه: أن رجلاً ارهن فرساً فمات الفرس في يد المرهن، فقال رسول الله ﷺ: "ذهب حَقُّكَ"، ثم قال الطحاوي: فدل هذا من قول رسول الله ﷺ على بطلان الدّين بضياع الرهن، وقال: فإن قيل: هذا منقطع، قيل له: والذي تاولته أيضاً منقطع، والخطاب للشافعي رحمه الله، فإن كان المنقطع حجة لك علينا، والمنقطع أيضاً حجة لنا عليك. [البنية ١١/٥٥١]

وقوله عليه السلام: "إذا غمي الرهن فهو بما فيه"، * معناه: على ما قالوا: إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك، وإجماع ^{أي المرهون} الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كفيته، فالقول بالأمانة خرق له، والمراد بقوله عليه السلام: "لا يُغلق الرهن" ^{الضمان}

إذا اشتبهت: يعني إذا قال الراهن: لا أدري كم كان قيمته والمرهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه، حكى هذا التأويل عن أبي جعفر. [العناية ٧٠/٩] مع اختلافهم: فقال أبو بكر وعلي رضي الله عنهم: هو مضمون بالقيمة، وقال عمر وابن مسعود رضي الله عنهم: هو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، وقال ابن عباس رضي الله عنهما: هو مضمون بالدين، قلت قيمته أو كثرت، وهو قول شريح. [الكفاية ٧٠/٩] والمراد بقوله: هذا جواب عن الحديث الذي احتج به الشافعي رحمته الله. [البنية ٥٥٣/١١]

لا يغلق الرهن: لم يفهم أحد من اللغة من قوله عليه السلام: "لا يغلق الرهن" نفى الضمان عن المرهن، وذكر الكرخي عن السلف، كطاوس وإبراهيم وغيرهما أنهم اتفقوا على أن المراد لا يحبس الرهن عند المرهن احتباساً لا يمكن فكاكه بأن يكون مملوكاً للمرهن. والدليل عليه ما روي عن الزهري أن أهل الجاهلية كانوا يرهقون، ويشترطون على الراهن أنه إن لم يقض الدين إلى وقت كذا، فالرهن مملوك للمرهن، فأبطل رسول الله ﷺ ذلك بقوله: "لا يغلق الرهن"، وقيل لسعيد بن المسيب: أ هو قول الرجل إن لم يأت بالدين إلى وقت كذا، فالرهن بيع بالدين، فقال: نعم. وقوله: "لصاحبه غنمه" صاحب يحتمل المرهن كما يقال للمضارب: صاحب المال، والحمل عليه أولى؛ لأن حقيقة الصحبة له، فيصير كأنه قال للمرهن: غنمه، أي الزوائد تصير رهناً عنده، وعليه غرمه، أي هلاك الرهن على المرهن، وإن كان المراد به الراهن، فالمراد من الغرم: نفقة الرهن حال قيامه، والكفن حال موته. [الكفاية ٧١/٩]

* روي مستنداً ومرسلاً. [نصب الراية ٣٢١/٤] أخرجه الطحاوي في "شرح معاني الآثار" حدثنا أبو العوام محمد بن عبدالله بن عبد الجبار المرادي قال: ثنا خالد بن نزار الأيلي قال: حدثني عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه قال: كان من أدركت من فقهاءنا الذين ينتهي إلى قولهم منهم: سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبدالله بن عيسى في مشيخة من نظرائهم أهل فقه وصلاح وفضل، فذكر جميع ما جمع من أقاويلهم في كتابه على هذه الصفة أنهم قالوا: الرهن بما فيه إذا هلك وعمت قيمته، ويرفع ذلك منهم الثقة إلى النبي ﷺ، فهؤلاء أئمة المدينة وفقهاؤها يقولون: "إن الرهن يهلك بما فيه". [٢٨١/٢]، باب الرهن يهلك في يد المرهن] فرواه أبو داود في مراسيله، قلت: مرسل أبي داود صحيح كذا ابن القطان. [البنية ٥٥٢/١١]

على ما قالوا: الاحتباس الكلّي. والتمكّن بأن يصير مملوكاً له، كذا ذكر الكرخي عن السلف، ولأنّ الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد، والحبس؛ لأن الرهن ينشأ عن الحبس الدائم، قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾، وقال قائلهم: شعر: ^{لغة} أي زهير

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم ^{خطاب إلى نفسه} الوداع فأمسى الرهن قد غلقا ^{صار}

والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الإيتاء، ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء، وهو: أن تكون موصلة إليه، وذلك ثابت بملك اليد والحبس: ^{الاستيفاء} يقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن، وليكون عاجزاً عن الانتفاع ^{الراهن} به، فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره، وإذا كان كذلك يثبت ^{المرهون الراهن} الاستيفاء من وجه، وقد تقرر بالهلاك، ^{إلى العين} عن المطالبة

ولأن الثابت: دليل معقول على المطلوب. (العناية) كسبت رهينة: أي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي. (العناية) وفارقتك: أي ارتقت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاه، وليس فيه ضمان ولا هلاك، كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل: الدوام إنما من قوله: لا فكاك له لا من لفظ الرهن. وأجيب: بأنه لما دام وتأبد بنفي الفكاك دل على أنه ينشأ عن الدوام؛ إذ لو لم يكن موجباً لذلك لما دام بنفي ما يعترضه، بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجب، فثبت أن اللغة تدل على إنشاء الرهن عن الحبس الدائم. [العناية ٧١/٩] تنعطف: تنسحب على الألفاظ اللغوية. [البناء ٥٥٤/١١]

ليقع الأمن إلخ: معناه: أن الحبس يفضي إلى أداء الحق؛ لأن الراهن يخشى إن جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن؛ لأن قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين، وليكون عاجزاً عن الانتفاع، فيحتاج إلى إبقاء الأقل لتخليص الأكثر، أو لضجره عن المطالبة. [العناية ٧١/٩] وإذا كان كذلك: أي لما كان موجب الرهن ملك اليد والحبس. [الكفاية ٧٢/٩] يثبت الاستيفاء إلخ: لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة، وقد حصل بعضه. (العناية) وقد تقرر: لانتفاء احتمال النقص. [العناية ٧٢/٩]

فلو استوفاه ثانياً يؤدي إلى الربا، بخلاف حالة القيام؛ لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن، فلا يتكرر، ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه؛ لأنه لا يتصور،
والاستيفاء يقع بالمالية. أما العين فأمانة، حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته، وكفنه بعد مماته، وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن؛ لأن العين أمانة، فلا تنوب عن قبض ضمان، وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء، وهذا يحقق الصيانة،
عند المرتهن قبض الأمانة

فلو استوفاه إلخ: أي لو لم يسقط الدين واستوفاه ثانياً أدى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى البد، وهو ربا. (العناية) حالة القيام: أي بخلاف ما إذا كان الرهن قائماً؛ لأنه ينتقض هذا الاستيفاء أي للدين بالحبس بالرد على الراهن، فلا يتكرر الأداء. [العناية ٧٢/٩] إلى استيفاء الباقي: أي الباقي بعد الاستيفاء يدا، وهو ملك الرقبة بدونه أي بدون الاستيفاء يدا. [الكفاية ٧٢/٩]

والاستيفاء إلخ: هذا جواب إشكال أيضاً، وهو أن يقال: وجب أن لا يسقط؛ لأن المرتهن لم يستوف شيئاً من حقه؛ لأن الاستيفاء يكون من جنس الحق، فأجاب بأنه استوفي من جنس حقه؛ لأنه يكون مستوفياً من مالية الرهن لا من عينه؛ لأن الاستيفاء بالعين يكون استبدالاً، والمرتهن مستوف لا مستبدل، وباعتبار الاستيفاء من المالية تتجانس الأموال، أما العين أمانة في يده، وهو بمنزلة الكيس للمالية، فكان الراهن جعل مقدار الرهن في كيس وسلمه إلى المرتهن؛ ليستوفي حقه، وعند الهلاك في يده يتم استيفاءه في مقدار حقه، إلا أنها لم تصر ملكاً له؛ لأن المالية صفة العين، والأوصاف لا تملك قصداً. [الكفاية ٧٢/٩]

وكذا قبض إلخ: عطف على قوله: حتى كانت نفقة المرهون على الراهن، وفيه بيان أن العين أمانة حتى لا يصير المرتهن قابضاً بنفس الشراء، بل ينبغي أن يقبض ثانياً. [الكفاية ٧٢/٩] وموجب العقد إلخ: جواب عما قال الشافعي رحمه الله: الرهن وثيقة بالدين، وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة، والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد. [العناية ٧٤/٩] وهذا يحقق الصيانة: أي ثبوت يد الاستيفاء يحقق الصيانة؛ لأنه ليس فيه

إتواء. [البناءة ٥٥٧/١١]

وإن كان فراغُ الذمة من ضروراته كما في الحوالة. فالخاص: أن عندنا حكم الرهن صيرورةُ الرهن محتبساً بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه، وعنده: ^{الشافعي} تعلق الدين بالعين استيفاءً منه ^{أي المرهون} عيناً بالبيع. ويخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه ^{الشافعي} عددناها في "كفاية المنتهي" جملةً. منها: أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع؛ لأنه يفوت موجبُه، وهو الاحتباس على الدوام، وعنده: ^{أي استرداد المرهون} لا يمنع منه؛ لأنه لا ينافي موجبُه، وهو تعيينه للبيع، ^{العقد} وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى. قال: ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون؛ ^{القدوري}

فراغ الذمة: أي فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن، وتام الاستيفاء. (الكفاية) كما في الحوالة: فإنها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب، وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته، فلا ينعدم به مقتضى العقد؛ لأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية لا باللوازم الضمنية. [الكفاية ٧٣/٩] فالخاص إلخ: أي حاصل الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي ^{عليه السلام} أن حكم عقد الرهن عند أصحابنا. [البنية ٥٥٧/١١] استيفاء إلخ: أي لأجل استيفاء حقه من عين الرهن بواسطة البيع. (البنية) عيناً إلخ: أي استيفاء منه بعينه بالبيع لا مما يتولد منه؛ لأن تعيين عين للمبيع لا يقتضي تعيين عين أخرى للبيع. (الكفاية) عددناها: أي عدة من المسائل التي ذكر تعدادها جملة في "كفاية المنتهي". منها: أي من المسائل المتفرعة على الأصلين المذكورين. [البنية ٥٥٨/١١] لأنه لا ينافي إلخ: لما كان حكم الرهن صيرورة المرهون أحق به بيعاً بدينه، وعند البيع هو أحق بثمنه، فإذا هلك لا يسقط الدين؛ لأنه أمانة عنده. [الكفاية ٧٣/٩] بدين مضمون: وفي "شرح الأقطع": قوله: مضمون للتأكيد، وإلا فجميع الديون مضمون، وقيل: أريد بالدين المضمون: ما كان واجباً للحال، أي لا يصح إلا بدين واجب للحال لا بدين مستحب، واحتراز به عن الرهن بالدرك، فإنه لا يصح، وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، وقيل: احتراز عن بدل الكتابة، فإن الرهن به لا يصح، وفي "الفتاوى": يجوز الرهن ببذل الكتابة. وعند الثلاثة لا يجوز أخذ الرهن ببذل الكتابة بعد لزومه. [البنية ٥٥٨/١١-٥٥٩]

لأن حكمه ثبت يد الاستيفاء، والاستيفاء يتلو الوجوب، قال عند المصنف أي يتبع من الرهن الرهن أي بشكل ويدخل
 على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها، فإنه يصح الرهن بها ولا دين،
 ويمكن أن يقال: إن الواجب الأصلي فيها هو القيمة، ورد العين مخلص على ما
 عليه أكثر المشايخ، وهو دين، ولهذا تصح الكفالة بها، ولئن كان لا يجب إلا بعد
 الهلاك، ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق، ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض،
 فيكون رهناً بعد وجود سبب وجوبه،
 أي الرهن أي القبض

يتلو الوجوب: فلا بد من وجوب سابق على الاستيفاء، ليكون الاستيفاء مبنياً عليه. [الكفاية ٧٣/٩]
 ويدخل على هذا إلخ: [أي الذي يدل على الحصر] أي يشكل على قوله: ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون،
 الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها أي بمثلها أو بقيمتها، فهي مضمونة بأنفسها، باعتبار أن المثل أو القيمة قائمة
 مقامها، واحتراز به عن الأعيان المضمونة بغيرها، وهي المبيع في يد البائع، فإنه مضمونة بغيره، وهو الثمن. وفي
 "المبسوط": الرهن بالأعيان على ثلاثة أوجه: أحدها: الرهن بعين هو أمانة، وهو باطل؛ لأن موجب الرهن
 ثبت يد الاستيفاء للمرتهن، وحق صاحب الأمانة في العين مقصور عليه، فاستيفاء العين من عين آخر غير
 ممكن، والثاني: الرهن بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع، وهو مضمون بالثمن، وهذا لا يجوز أيضاً.
 والثالث: الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب، وهو صحيح؛ لأن موجب العقد رد العين إن أمكن،
 ورد القيمة عند تعذر رد العين، وذلك دين يمكن استيفاؤه من مالية الرهن. [الكفاية ٧٣/٩]
 المضمونة بأنفسها: كالمغصوب، والمقبوض على سوم الشراء. [العناية ٧٤/٩] ولا دين: أي والحال أن
 لا دين فيها، وصحة الرهن بها عندنا خلافاً للشافعي وأحمد، وعند مالك: أن الرهن بالأعيان المضمونة يجوز،
 وهو وجه لأصحاب الشافعي. (البنية) أن يقال: جواب عما يقال: إن قوله: ولا يصح الرهن إلا بدين
 مضمون يشكل عليه الأعيان المضمونة بنفسها، فإن الرهن بها صحيح، ولا دين. [البنية ٥٥٩/١١ - ٥٦٠]
 ولهذا: ولكون الموجب الأصلي هو القيمة. (البنية) بها: أي بالأعيان المضمونة بنفسها. [العناية ٧٤/٩]
 ولهذا: أي ولكون الوجوب بالقبض السابق. (البنية) يوم القبض: أي يوم قبض الغاصب المغصوب من
 المالك. (البنية) فيكون رهناً: جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ. [البنية ٥٦٠/١١]

فيصح كما في الكفالة، ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به ^{بالعين المضمونة} بهلاكه، بخلاف الوديعة. قال: وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفياً لدينه، وإن كانت قيمة الرهن أكثر: فالفضل أمانة في يده؛ لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء، وذلك بقدر الدين. فإن كانت أقل: سقط من الدين بقدره، ورجع المرتهن بالفضل؛ لأن الاستيفاء بقدر المالية، وقال زفر ^{رحمته}: الرهن مضمون بالقيمة، حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمس مائة، ^{قل الدين أو أكثر} ^{المرهون}

كما في الكفالة: فإنها تصح بالأعيان المضمونة بنفسها لوجود سبب وجوبه. لا تبطل: يجوز أن يكون توضيحاً على كل من التخريجين، أما على الأول، فتقريره: ولكون الموجب الأصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمونة بنفسه بهلاكه، فلو أحال على الغاصب، فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة؛ لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كإهلاكه؛ لقيام القيمة في ذمته، ورد العين كان مخلصاً، ولم يحصل. وأما على الثاني: فتقريره: ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود، فبهلاك العين لا تبطل الحوالة، بخلاف الوديعة، فإن الحوالة عليها تبطل بهلاكها الوديعة؛ لأنه لا وجوب هناك للقيمة، ولا سبب للوجوب. [العناية ٧٥/٩]

بهلاكه: قد ذكرنا أن الحوالة المقيدة بالعين على نوعين: أحدهما: عين هو وديعة، والثاني: عين هو غصب، ففي الوديعة تبطل الحوالة بهلاكها، وعاد الدين إلى المحيل؛ لأن الوديعة هلكت لا إلى خلف، وفي الغصب لا يبطل الحوالة؛ لأن المغصوب هلك إلى خلف، وهو الضمان، والضمان يقوم مقام المضمون، فيجعل كأن المغصوب قائم، فيبقى الحوالة لبقاء ما تقيدت به. (النهاية) بخلاف الوديعة: فإن الحوالة عليها تبطل بهلاكها؛ لأنه لا وجوب هنا للقيمة، ولا لسبب الوجوب. [البنية ٥٦١/١١]

بالأقل من قيمته: أي يوم القبض، ومن الدين بيان للأقل، أي أيهما كان أقل فهو مضمون به، وصورته: فإن كان قيمة الرهن أكثر إلخ، وبيانه: إذا رهن ثوباً قيمته عشرة عشرة، فهلك عند المرتهن سقط دينه، فإن كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى، وإن كانت قيمته خمسة عشر، فالفضل أمانة عندنا، وعند زفر ^{رحمته}: يرجع الراهن على المرتهن بخمسة؛ لأن الرهن عنده مضمون بالقيمة. [الكفاية ٧٥/٩]

والدين ألف: رجع الراهن على المرتهن بخمس مائة؛ له: حديث علي رضي الله عنه قال: "يتراذان الفضل في الرهن"،* ولأن الزيادة على الدين مرهونة؛ لكونها محبوسة به، فتكون مضمونة؛ اعتباراً بقدر الدين. ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن الدين مسعود رضي الله عنهما** ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء، فلا توجب الضمان إلا بالقدر المستوفي كما في حقيقة الاستيفاء، والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها، ولا ضرورة في حق الضمان،

يتراذان: التراد ما يكون بين اثنين، فلا جرم برد المرتهن فضل الرهن كما يرد الراهن فضل الدين. (البنية) كما في حقيقة إلخ: مثل ما إذا أوفاه ألفي درهم في كيس، وحقه في ألف، فإنه يصير ضامناً قدر الدين، والزيادة على قدر الدين أمانة، فكذا هذا. [العناية ٧٥/٩-٧٦] مرهونة: هذا جواب عن قول زفر. [البنية ٥٦٢/١١] ضرورة: والثابت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة كما إذا رهن عبداً قيمته أكثر من الدين حيث لا تتميز الزيادة من الأصل، فيثبت له حبس الكل. [الكفاية ٧٦/١١] حبس الأصل: لأنه لو لم نجعل الزيادة مرهونة أدى إلى الشروع؛ لعدم انفكاكها. ولا ضرورة إلخ: لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن على ما يجيء إن شاء الله تعالى. [الكفاية ٧٦/٩]

*رواه عبد الرزاق في "مصنفه" في أثناء البيوع، أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن الحكم عن علي قال: "يتراذان الفضل بينهما في الرهن". [رقم: ١٥٠٣٩، باب الرهن يهلك]

**أخرجه البيهقي في "سننه" عن عمر رضي الله عنه قال في الرجل يرهن الرهن، فيضيع، قال: "إن كان أقل مما فيه يرد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمين"، وقال: هذا ليس بمشهور عن عمر رضي الله عنه، والرواية عن ابن مسعود رضي الله عنه غريب. [٣٧٩/٨، باب من قال: الرهن مضمون] وروى الطحاوي في "شرح الآثار" بإسناده إلى عبيد بن عمير عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في الرجل يرهن الرهن فيضيع، قال: "إن كان أقل مما فيه رد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمين بالفضل، قلت: قول البيهقي هذا ليس بمشهور لتسلم منه، وهذا ليس بجرح. [البنية ٥٦٢/١١]

والمراد بالتراّد فيما يروى حالة البيع، فإنه روي عنه ^{عليه السلام} أنه قال: "المرتهن أمين في الفضل". * قال: وللمرتهن أن يطالب الراهن بدّيته ويحبسه به؛ لأن حقه باقٍ بعد ^{القُدوري} الرهن، والرهن لزيادة الصيانة، فلا تمتنع به المطالبة، ^{إن امتنع بالمرهن} والحبس جزاء الظلم، فإذا ظهر مَطْلُهُ عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم. وإذا طلب المرتهن دينه: يؤمر بإحضار الرهن؛ لأن قبض الرهن قبضُ استيفاء، فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء؛ لأنه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن، وهو محتمل. وإذا أحضره: أمر الراهن بتسليم الدين أولاً، ليتعين حقه كما تعين ^{الهلاك} حق الراهن تحقيقاً للتسوية كما في تسليم المبيع والثلث، يحضر المبيع، ثم يسلم الثمن أولاً. وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه،

والمراد بالتراّد إلخ: يعني توفيقاً بين حديثي علي ^{عليه السلام}، فإنه روي عنه: "المرتهن أمين في الفضل"، فيجب حمل الأول على حالة البيع، يعني إذا باع المرتهن الرهن بإذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن، ولو كان الدين زائداً يرد الراهن زيادة الدين. [العناية ٧٦/٩] حالة البيع: لا في حالة الهلاك. (الكفاية) فيما تقدم إلخ: أي في فصل الحبس من كتاب أدب القاضي، وقوله: التفصيل وهو ما فصل فيه بقوله: وهذا أي ترك الحبس إذا ثبت الحق بإقراره؛ لأنه لم يعرف كونه ممطلاً، وأما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المثل بإنكاره. [الكفاية ٧٦/٩]

وإذا طلب: هذه المسألة وما بعدها من مسائل "الزيادات" إلى قوله: قال: وإن كان الرهن في يده، ذكرها تفريعاً على مسألة "مختصر القُدوري". [البنية ٥٦٤/١١]

* أخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن علي قال: "إذا كان الرهن أكثر مما رهن به فهلك، فهو بما فيه؛ لأنه أمين في الفضل، وإذا كان أقل مما رهن به فهلك رد الراهن الفضل". [٣٣٤/٥]، باب في الرجل يرهّن الرجل فيهلك]

إن كان الرهن مما لا حمل له، ولا مؤنة^{المشقة}؛ فكذلك الجواب؛ لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة، ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه في باب السَّلَم بالإجماع، وإن كان له حمل ومؤنة: يستوفي دينه، ولا يُكَلَّف إحضار الرهن؛ لأن هذا نقل، والواجب عليه التسليم بمعنى التحلية لا النقل من مكان إلى مكان؛ لأنه يتضرر به زيادة الضرر، ولم يلتزمه. رفع الممانعة ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون، فباعه بنقد أو نسيئة: جاز؛ لإطلاق الأمر، فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن؛ لأنه لا قدرة له على الإحضار. وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه، فباعه ولم يقبض الثمن؛ لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن،

فكذلك الجواب: أي يؤمر المرتهن بإحضار الرهن أولاً. (البنية) ولهذا: أي لكون الأماكن كلها كمكان واحد. فيه: أي فيما لا حمل له. (البنية) ولا يكلف إلخ: ذكر في بعض الفوائد: ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك إن طلب الراهن ذلك؛ لأن الرهن غائب، فيحتمل هلاكه، وعلى اعتباره لا يجب قضاء الدين، فإذا حلف المرتهن قضى الدين. [الكفاية ٧٦/٩] لأنه يتضرر به إلخ: ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك؛ لأنه موهوم، فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن، وهو تأخر حق المرتهن، بخلاف الفصل الأول. [العناية ٧٧/٩] ولم يلتزمه: لأن الرهن أمانة في يده، لكن للراهن أن يحلفه بالله ما هلك. [البنية ٥٦٥/١١] بنقد أو نسيئة إلخ: قال القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمته: إذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد، بأن قال: إن المرتهن يطالبني بدينه ويؤذيني، فبعه، حتى أنجو منه، فباعه بالنسيئة لا يجوز. بمنزلة ما لو قال لغيره: بع عبدي فإني أحتاج إلى النفقة. [الكفاية ٧٧/٩] لإطلاق الأمر: أي أمر الراهن يشير به إلى أنه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة. [البنية ٥٦٦/١١] لا قدرة له: لأن الرهن بيع بأمر الراهن، فلم يبق له قدرة على إحضاره. [العناية ٧٧/٩] إذا أمر إلخ: يعني لا يكلف إحضار الرهن. [العناية ٧٧/٩]

فصار كأن الراهن رهنه وهو دين. ولو قبضه: يُكَلَّف إحضاره؛ لقيام البدل مقام المبدل، إلا أن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن؛ لأنه هو العاقد، فترجع الحقوق إليه، وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل؛ لاحتمال الهلاك، ثم إذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين؛ لقيامه مقام العين، وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل عبد الرهن خطأ، حتى قضي بالقيمة على عاقلته ^{بقية العبد} ^{القاتل} في ثلاث سنين: لم يجبر الراهن على قضاء الدين، حتى يحضر كل القيمة؛ لأن القيمة خلت عن الرهن، فلا بد من إحضارها كلها، كما لا بد من إحضار كل عين الرهن، ^{إن كان قائما} ^{قيمة}

فصار كأن إلخ: لأنه لما باعه بإذنه صار كأنهما تفاسخا الرهن، فصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن، ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لا يسقط شيء من دين المرتهن، فصار كأنه رهنه، ولم يسلم، بل وضعه على يدي عدل، كذا في "زيادات قاضي خان". [الكفاية ٧٧/٩]

إلا أن الذي: هذا استثناء من قوله: فصار كأن الراهن رهنه وهو دين، على تقدير إشكال، وهو: أن يقال: لم يصير كأن الراهن رهنه وهو دين؛ إذ لو كان كذلك، لما كان للمرتهن ولاية قبضه كما لو كان الرهن في يد العدل، وله ذلك، فأجاب رحمه وقال: ولاية القبض له باعتبار أنه عاقد. [الكفاية ٧٧/٩]

يكلف إلخ: أي المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين. لا استيفاء نجم: هذا إذا ادعى الراهن هلاك الرهن، وأما إذا لم يدع، فلا حاجة إلى إحضار الرهن، إذ لا فائدة فيه. (لكفاية)

لاحتمال الهلاك: أي هلاك الرهن، فيؤمر بإحضاره؛ لأن فيه فراغ قلب الراهن عن توهم الهلاك، لكن لا يسلم إلى أن يقبض جميع الدين بإجماع العلماء. [البنية ٥٦٧/١١] قبض الثمن إلخ: يعني إن باع الرهن وقبض الثمن، فإذا قبضه وجب إحضاره لاستيفاء نجم؛ لقيامه مقام العين. (العناية) وهذا بخلاف: إشارة إلى قوله: وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه إلخ، فإنه لا يجبر المرتهن على الإحضار، بل يجبر الراهن على الأداء بدون إحضار شيء، بخلاف ما إذا قتل رجل إلخ، فإن الراهن لا يجبر على قضاء الدين، حتى يحضر المرتهن كل القيمة. [العناية ٧٧/٩]

وما صارت قيمة بفعله، وفيما تقدم صار ديناً بفعل الراهن، فلهذا افترقا. ولو وضع الرهن على يد العدل، وأمر أن يُودعه غيره، ففعل، ثم جاء المرتهن يطلب دينه: لا يكلف إحضار الرهن؛ لأنه لم يُؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره، فلم يكن تسليمه في قدرته. ولو وضعه العدل في يد من في عياله، وغاب وطلب المرتهن دينه، والذي في يده يقول: أودعني فلان ولا أدري لمن هو، يجبر الراهن على قضاء الدين؛ لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن؛ لأنه لم يقبض شيئاً. وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو؛ لما قلنا، ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن، وقال: هو مالي، لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء، حتى يثبت كونه رهناً؛ لأنه لما جحد فقد توى المال، والتوى على المرتهن، فيتحقق استيفاء الدين، ولا يملك المطالبة به. قال: وإن كان الرهن في يده: ليس عليه أن يمكنه من البيع، حتى يقضيه الدين؛ لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين على ما بيناه. ولو قضاه البعض: فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية؛ اعتباراً بحبس المبيع،

وما صارت: أي قيمة العبد المقتول. (البنية) قيمة إلخ: يعني فإن قيل: لم لا تكون القيمة ههنا كالثمن ثمة، وهي ليست في يد المرتهن، فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة، أجاب: بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل إليها الرهينة، فصار كالرهن في يد عدل، بخلاف ما تقدم، فإن الرهن صار ديناً بفعله، فكأنهما تفاسخا، وجعل الثمن رهناً ابتداء، كما مر فافترقا. [العناية ٧٨/٩] وفيما تقدم: أي فيما إذا باع العدل أو المرتهن. [الكفاية ٧٨/٩] لما قلنا: إشارة إلى قوله: لأنه لم يقبض شيئاً. (الكفاية) وإن كان: أي إذا كان الرهن في يد المرتهن فهو مخير بين أن يمكن الراهن من بيعه، وأن لا يمكن؛ لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين على ما بيناه، وذلك حقه، فله إسقاطه. [العناية ٧٨/٩] بحبس المبيع: فإن في البيع إذا قضى بعض الثمن لم يقبض شيئاً من المبيع، فكذا ههنا؛ لأن في ذلك تفريق الصفقة على المرتهن في الحبس.

فإذا قضاؤه الدين قيل له: سلم الرهن إليه؛ لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه. فلو هلك قبل التسليم: استرد ^{الراهن} الراهن ما قضاؤه؛ لأنه صار مستوفياً ^{إلى الراهن} عند الهلاك بالقبض السابق، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء، فيجب رده. و كذلك لو تفاسخا الرهن: له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه، ولا يسبطل الرهن إلا بالرد ^{المرقن} على الراهن على وجه الفسخ؛ لأنه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين. ولو هلك في يده: سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين؛ لبقاء الرهن، وليس للمرقن أن ينتفع بالرهن، لا باستخدام، ولا سكنى، ولا لبس، إلا أن يأذن له المالك؛ لأن له حق الحبس دون الانتفاع. وليس له أن يبيع إلا بتسليط من الراهن، وليس له أن يؤاجر ويعير؛ لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه،

فلو هلك: الرهن بعد قضاء الدين. ما قضاؤه: أي ما أداه إلى المرقن. صار مستوفياً: فإن الرهن حقيقة عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم، وذلك الاستيفاء شيء يتقرر بالهلاك مستنداً إلى وقت القبض، فالقضاء بعد الهلاك استيفاء، فيجب الرد. أو يبرئه: أي يبرئ الراهن من الدين. [البنية ٥٧٠/١١] على وجه الفسخ: احتراز عما إذا رده على وجه العارية، فإنه لا يبطل الرهن. (العناية) لأنه: أي الرهن يبقى مضموناً ما دام القبض والدين باقياً، ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان؛ لفوات القبض، وإن كان الدين باقياً، وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وإن كان القبض باقياً؛ لأن العلة إذا كانت ذات وصفين بعدم الحكم بعدم أحدهما. [العناية ٧٩/٩] يبقى مضموناً: وإنما لا يحتمل لفسخ الرد بمجرد القول قبل الرد؛ لأن حكمه قبل الهلاك ثبوت يد الاستيفاء في حق الحبس، فيعتبر باليد الثابتة بحقيقة الاستيفاء في حق الحبس والملك، وحقيقة الاستيفاء لا ينتقض بمجرد القول دون الرد؛ لأن فعلهما مخالف لقولهما، والقول متى خالف الفعل لا يعتبر. [الكفاية ٧٩/٩] ولو هلك: أي الرهن بعد ماتفاسخا. [البنية ٥٧٠/١١] وليس [ذكره تفرعاً على مسألة "المختصر".] للمرقن: معناه: انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به. (العناية) لا باستخدام: أي إذا كان عبداً، أو أمة. ولا سكنى: أي إذا كان داراً ونحوها. ولا لبس: أي إذا كان ثوباً ونحوه.

فلا يملك تسليط غيره عليه، فإن فعل كان متعدياً، ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي.
 قال: وللمرته أن يحفظ الرهن بنفسه، وزوجته، وولده، وخادمه الذي في عياله.
 قال القُدوري رضي الله عنه: معناه أن يكون الولد في عياله أيضاً؛ وهذا لأن عينه أمانة في يده، الرهن فصار
 كالوديعة. وإن حفظه بغير من في عياله، أو أودعه: لتنعده ضمن، وهل يضمن الثاني؟ فهو
 على الخلاف، وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة. وإذا تعدى المرتن في الرهن:
 ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته؛ لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة، والأمانات
 تضمن بالتعدي، ولو رهنه خاتماً، فجعله في خنصره: فهو ضامن؛ لأنه متعد
 بالاستعمال؛ لأنه غير مأذون فيه، وإنما الإذن بالحفظ، واليمن واليسرى في ذلك
 سواء؛ لأن العادة فيه مختلفة. ولو جعله في بقية الأصابع: كان رهناً بما فيه؛ لأنه
 لا يلبس كذلك عادة، فكان من باب الحفظ، وكذا الطيلسان إن لبسه لبساً معتاداً:
 ضمن، وإن وضعه على عاتقه: لم يضمن،

وخادمه: وذكر محمد رضي الله عنه من جملة من في عياله زوجته وولده، وأجيرته الخاص الذي استأجره مشاهرة أو
 مساهمة لا مياومة، ثم ذكر والحاصل أن العبرة في هذا الباب للمسألة ولا عبرة بالنفقة، ألا ترى أن المرأة إذا
 أودعت وديعة، فدفعت الوديعة إلى زوجها لا يضمن، وإن لم يكن الزوج في نفقتها؛ لأنهما يسكنان
 معاً. [الكفاية ٧٩/٩] وهذا: إشارة إلى اشتراط كون الخادم والولد في عياله. [البنية ٥٧٢/١١]
 فصار كالوديعة: فيشترط فيه كما يشترط في الوديعة. (البنية) على الخلاف: فعند أبي حنيفة لا ضمان
 عليه، وعندهما عليه الضمان كالأول، وعند ابن أبي ليلى لا ضمان على واحد منهما. [البنية ٥٧٢/١١]
 وإذا تعدى: هذا لفظ القُدوري في "مختصره" إلخ، قال الحاكم الشهيد في "الكافي": وإن ركب المرتن
 الدابة، أو كان الرهن عبداً فاستخدمه، أو ثوباً فلبسه، أو سيفاً فتقلده بلا إذن الراهن، فهو له ضامن.
 ضمن: لأن هذا استعمال، وليس يحفظ. لم يضمن: لأنه ليس بلبس وإنما هو حفظ.

ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلد ها لم يضمن في الثلاثة، وضمن في السيفين؛ لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب، ولم تجر بتقلد الثلاثة، وإن لبس خاتماً فوق خاتم إن كان هو ممن يتجمل بلُبس خاتمين: ضمن، وإن كان لا يتجمل بذلك: فهو حافظ فلا يضمن. ^{القدوري} قال: وأجرة البيت الذي يُحفظ فيه الرهن على المرتهن، وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي، ونفقة الرهن على الراهن، ^{القاعدة الكلية} والأصل: أن ما يُحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته، فهو على الراهن، سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن؛ لأن العين باق على ملكه، وكذلك منافعه مملوكة له، فيكون إصلاحه وتبقيته عليه؛ لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة، وذلك مثل النفقة في ما كله ومشربه، ^{الإصلاح} الراهن

لم يضمن [لأنه ليس بلبس] إلخ: ثم ينبغي أن يعرف أن المراد بعدم الضمان فيما يعد حفظاً، لا استعمالاً أن لا يضمن ضمان الغصب، لا أنه لا يضمن أصلاً؛ لأنه مضمون بالدين فيسقط الدين بهلاكه بما هو الأقل من قيمته، ومن الدين كالحاتم إذا جعله في إصبع لا يتختم به في العرف والعادة. وكالثوب إذا ألقاه على عاتقه، وبه صرح في "شرح الطحاوي". (البنية) وإن لبس خاتماً: وفي "الفتاوى الصغرى": ولو كان المرتهن امرأة فتختمت به أي إصبع كان ضمنت؛ لأن النساء يتختمن بجميع أصابعهن. [البنية ٥٧٣/١١] على الراهن: فإن أبي فالقاضي يأمر المرتهن بأن ينفق عليه، فإذا قضى الدين، فللمرتهن أن يجبس الرهن، حتى يستوفي النفقة، وإن هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر ^{رحمته}، وقال أبو يوسف ^{رحمته}: النفقة دين على الراهن. [العناية ٨٠/٩] لمصلحة الرهن: أي غير مصلحة الحفظ. مملوكة له: أي الأولاد والشمرات، وسائر ما ينمو، مثل: الصوف والشعر، وما ينبت من الأشجار في الأرض المرهونة، وسائر منافعه، يريد به أن العين باق على ملكه حقيقة، وكذا حكماً؛ لأن منافعه مملوكة، بخلاف المستعير، والموصى له بالخدمة، فإن النفقة عليهما؛ لأنهما نزلا بمنزلة المالك. يملك النفقة، والمرتهن لم يملكها مطلقاً؛ لأنه وإن ملك حبسها وفيه منفعة إضجار الراهن، ليتسارع إلى قضاء الدين، إلا أن منفعة قضاء الدين مشترك بينهما، فلم ينزل منزلة المالك. [الكفاية ٨٠/٩]

وأجرة الراعي في معناه؛ لأنه علف الحيوان. ومن هذا الجنس: كسوة الرقيق، وأجرة ظئر^{مرضة} ولد الرهن، وسقي البستان، وكري^{حفر} النهر، وتلقيح نخيله وجذاده، والقيام بمصالحه، وكل ما كان لحفظه، أو لردّه إلى يد المرتهن، أو لردّ جزء منه، فهو على المرتهن مثل أجره^{الرهن} الحافظ؛ لأن الإمساك حق له، والحفظ واجب عليه، فيكون بدله عليه، وكذلك أجره^{الحفظ} البيت الذي يحفظ الرهن فيه، وهذا في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رحمته الله: أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة؛ لأنه سعى في تبقّيته، ومن هذا القسم: جعل الآبق، فإنه على المرتهن؛ لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده، فكانت من مؤنة الردّ^{الرهن إلى الراهن هذه الإعادة} فيلزمه، وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء، وإن كانت قيمة الرهن أكثر، فعليه^{من الدين} بقدر المضمون، وعلى الراهن بقدرة الزيادة عليه؛ لأنه أمانة في يده، والرد لإعادة اليد،

في معناه: أي معنى الإنفاق في المأكل والمشارب؛ لأنه علف الحيوان، أي الأجير سبب علف الحيوان؛ لأنه يوصل إليه به، فأطلق اسم السبب على المسبب. (الكفاية) ومن هذا الجنس: أي من جنس ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقّيته. (البنية) وتلقيح نخيله: وهو وضع طلع الذكر في الأنثى أو ما ينشؤ. [البنية ١١/٥٧٤] أو لردّه إلخ: ووجهه: أنه أبق العبد المرهون، فردّه إنسان إلى المرتهن، فالجعل عليه. [الكفاية ٨٠/٩] لرد جزء منه: بأن يبض عين الرهن، أو يحدث به مرض آخر، فال مداواة على المرتهن؛ لأن رد كل الرهن واجب على المرتهن، فكذلك جزؤه، وفي مداواة حفظ الجزء للرد، فيكون على المرتهن كما في الكل. (الكفاية) واجب عليه: ولهذا لو شرط الراهن شيئاً للمرتهن على الحفظ لا يصح، ولا يستحقه، بخلاف الوديعة، فإن المودع إذا شرط شيئاً على الحفظ يصح. [الكفاية ٨٠/٩]

أجرة البيت: لأن الحفظ والإمساك حق له، فكان ما يلزم فيه من الغرم عليه. هذا القسم: أي من القسم الذي يجعلونه على المرتهن. (البنية) جعل: الجعل: ما يجب للعامل على عمله، أي لو أبق العبد المرهون فرد مدة السفر، فالجعل على المرتهن. على المرتهن: وعند الأئمة الثلاثة الكل على الراهن، لأن الملك له. [البنية ١١/٥٧٥-٥٧٦]

ويده في الزيادة يد المالك؛ إذ هو كالمودع فيها، فلهذا يكون على المالك، وهذا بخلاف
 أجره البيت الذي ذكرناه، فإن كلها تجب على المرتهن، وإن كان في قيمة الرهن فضل؛
 لأن وجوب ذلك بسبب الحبس، وحق الحبس في الكل ثابت له، فأما الجعل إنما يلزمه
 لأجل الضمان، فيتقدر بقدر المضمون. ومداواة الجراحة، ومعالجة القروح، ومعالجة
 الأمراض، والفداء من الجناية، تنقسم على المضمون والأمانة، والخراج على الراهن
 خاصة؛ لأنه من مؤن الملك. والعُشْر فيما يخرج مقدّم على حق المرتهن؛ لتعلقه بالعين،
 الخراج جمع مؤنة من الزرع والشر
 ولا يبطل الرهن في الباقي؛ لأن وجوبه لا ينافي ملكه، بخلاف الاستحقاق.
 تسعة أعشار الراهن

الذي ذكرناه: يعني فيما تقدم من قوله: وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن. [البنية ٥٧٦/١١]
 لأجل الضمان: أي لأجل أن الرهن مضمون على المرتهن مالية، فيتقدر بقدر المضمون؛ لأن جعل الآبق
 لإعادة اليد، ويده في قدر الأمانة يد المالك، فكانت مؤنة إعادتها على المالك، فيتقدر الواجب عليه بقدر
 ما يكونه مضموناً عليه، بخلاف أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن. [الكفاية ٨١/٩]
 من الجناية: قال الأتراري: وهو الدين الذي يلحق الرهن بالأموال التي يضمنها بالاستهلاك إذا وجب ذلك في
 الرهن، وإن ذلك في حق كل واحد من الراهن والمرتهن؛ لأن جناية المضمون في يد الضامن تجري بجري جناية
 الضامن، فيكون من ماله، وأما جناية الأمانة، فإنها كجناية الوديعة، فتكون على الراهن. [البنية ٥٧٧/١١]
 تنقسم إلخ: فما كان من حصته المضمون فهو على المرتهن، وما كان من حصته الأمانة فهو على الراهن؛
 وذلك لأن المرتهن مصلح بذلك حقه، ألا ترى أن ما يفوت من الرهن يذهب من دينه، فإذا عاد سلم له الدين
 بكماله، وإذا كان في ذلك إصلاح حقه كان عليه، وأما حصة الأمانة، فالمرتهن كالمودع فيكون على المالك.
 والخراج: أي خراج الأرض المرهونة. لتعلقه إلخ: يعني بخلاف حق المرتهن، فإن حقه يتعلق بالرهن من
 حيث المالية لا من حيث العين، والعين مقدم على المالية، فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق
 بالمالية. [العناية ٨١/٩] بخلاف الاستحقاق: يعني إذا ظهر مستحق بقدر المستحق لم يصح الرهن فيه؛
 لأنه ملك الغير فلم يصح الرهن فيه، وكذا فيما وراءه لأنه مشاع. [البنية ٥٧٧/١١]

وما أداه أحدُهما مما وجب على صاحبه: فهو متطوع، وما أنفق أحدُهما مما يجب ^{الراهن والمرقن} على الآخر بأمر القاضي: رجع عليه، كأن صاحبه أمره به؛ لأن ولاية القاضي عامة، ^{الإنفاق} وعن أبي حنيفة رحمته: أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضراً، وإن كان بأمر القاضي، ^{راهنًا أو مرقنًا الوار وصلية الإنفاق} وقال أبو يوسف رحمته: إنه يرجع في الوجهين، وهي فرع مسألة الحجر، والله أعلم. ^{الحضور والغيبة}

فهو متطوع: لأنه قضى دين غيره بغير أمره، وهو غير مضطر فيه؛ لأنه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي، حتى يأمر صاحبه بالأداء أو الإنفاق إن كان حاضراً، أو إن كان غائباً يأمر الحافظ بالإنفاق ليرجع عليه. [الكفاية ٨٢/٩] بأمر القاضي: وفي "الذخيرة": لا يكفي مجرد الأمر بالإنفاق، ولا بد أن يجعله على الراهن، وعليه أكثر المشايخ. [البنية ٥٧٨/١١] فرع مسألة الحجر: فمذهب أبي حنيفة رحمته: أن القاضي لا يلي على الحاضر، وعندهما يلي عليه يعني عند أبي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذاً حال غيبته وحضرته. [العناية ٨٢/٩]

باب ما يجوز ارتقائه والارتهان به، وما لا يجوز

قال: ^{القدوري} ولا يجوز رهن المشاع، وقال الشافعي ^{رحمته}: يجوز، ولنا: فيه وجهان: أحدهما: يُبْتَنَى على حكم الرهن، فإنه عندنا ثبوتُ يد الاستيفاء، وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد، وهو المشاع، وعنده: المشاع يقبل ما هو الحكم عنده، وهو ^{المرهون} تَعَيُّنه للبيع، والثاني: أن موجب الرهن هو الحبس الدائم؛ لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص، أو بالنظر إلى المقصود منه، وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه، وكل ذلك يتعلق بالدوام، ولا يفضي إليه إلا استحقاق الحبس، ولو جَوَزناه في المشاع يفوت الدوام؛ ^{دوام الحبس}

ما يجوز ارتقائه: لما ذكر الرهن مطلقاً شرع هنا في بيانه مفصلاً، لأن التفصيل بعد الاجمال. (البنية) رهن المشاع: سواء كان شائعاً فيما ينقسم أو لا ينقسم. (البنية) يجوز: لأن موجب الرهن استحقاق المبيع في الرهن، والمشاع يجوز بيعه، فيجوز رهنه، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور الأوزاعي وابن أبي ليلى. [البنية ٥٧٩/١١] يد الاستيفاء: والمراد منه: اختصاص المرهن بالرهن حبساً إلى أن يقضي الراهن دينه. وهذا: أي ثبوت يد الاستيفاء. [الكفاية ٨٣/٩] لا يتصور إلخ: لأن اليد يثبت على معين، والمرهون من المشاع غير معين، والمعين غير مرهون، فيكون اليد ثابتة على غير المرهون، وفيه فوات حكمه. موجب الرهن: أي موجب حكمه يعني لازمه. (البنية) الحبس الدائم: لأن معناه الحبس لغة من أي سبب كان. (البنية) مقبوضاً بالنص: وهو قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾. (البنية) بيناه: [وهو قوله فيما تقدم: ليكون عاجزاً عند الانتفاع به، فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره. [البنية ٥٨٠/١١] وكل ذلك: أي كل ما مر من قوله: لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص، أو بالنظر إلى المقصود. [العناية ٨٤/٩] يتعلق بالدوام: متعلق بالدوام، أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود، فظاهر، فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعاً، فيفوت الاستيثاق، وأما بالنظر إلى النص، فلأنه لما وجب القبض ابتداءً وجب بقاء؛ لأن ما تعلق بالمحل، فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمة في النكاح. [العناية ٨٤/٩]

لأنه لا بد من المهايأة، فيصير كما إذا قال: رهنك يوماً ويوماً لا، ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة، وما لا يحتملها، بخلاف الهبة، حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة؛ لأن المانع في الهبة غرامة القسمة، وهو فيما يقسم. أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله، وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله، وإن كان لا يحتمل القسمة، ولا يجوز من شريكه؛ لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول، وعلى الوجه ^{الرهن} الثاني يسكن يوماً: بحكم الملك، ويوماً: بحكم الرهن، فيصير كأنه رهن يوماً ويوماً لا، والشيوخ الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل، وعن أبي يوسف ^{رحمته الله} أنه لا يمنع؛ لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء، فأشبه الهبة، ^{البسوط} بقاء الرهن

من المهايأة: فكأنه يقول له: رهنك يوماً دون يوم، ولا شك في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم، فيفوت الدوام الواجب تحققه. (العناية) ولهذا: أي ولأن الدوام يفوت في المشاع تساوي ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة. [العناية ٨٤/٩] غرامة القسمة: أي ضرر جبر الواهب على القسمة من غير التزام. الوجه الثاني: [أي قوله: إن موجب الرهن هو الحبس الدائم] إلخ: أي وعلى وجه الثاني أيضاً لا يجوز من شريكه؛ لأنه يفوت دوام الحبس بحكم الرهن، فيصير كأنه رهن يوماً ويوماً لا. [الكفاية ٨٤/٩] يسكن يوماً: أراد به الحبس بحكم الرهن لا أنه يسكن؛ لأنه ممنوع عن الانتفاع بالرهن. (الكفاية) والشيوخ الطارئ: بأن رهن جميع العين، ثم تفاسخا العقد في النصف ورده المرهن يمنع بقاء الرهن أي في النصف الثاني في رواية "الأصل"، وهو الصحيح، حتى قالوا في العدل: إذا سلط على بيع الرهن به كيف شاء فباع نصفه يطل الرهن في النصف الباقي للشيوخ الطارئ. [الكفاية ٨٤/٩] وعن أبي يوسف ^{رحمته الله} رواه ابن سماعة عنه. (البنية) أسهل: ألا ترى أن صيرورة المرهون في ذمة غير المرهن تمنع ابتداء الرهن، ولا تمنع بقاءه حتى إذا أئلف المرهون إنساناً، أو بيع المرهون بثمن تكون القيمة، أو الثمن رهناً في ذمة من عليه، وابتداء عقد الرهن مضافاً إلى دين في الذمة لا يجوز. [الكفاية ٨٤/٩] فأشبه الهبة: حيث لا يمنع الشيوعة الطارئة من بقاء الهبة. [البنية ٥٨٢/١١]

وجه الأول: أن الامتناع لعدم المحلية، وما يرجع إليه، فالابتداء والبقاء سواء،
 أي عملية الاستيفاء
 كالمحرمة في باب النكاح، بخلاف الهبة؛ لأن المشاع يقبل حكمها، وهو الملك،
 واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة، على ما بيناه، ولا حاجة إلى اعتباره في حالة
 غرامة الفسدة
 البقاء، ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة، ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن.
 قال: ولا رهن ثمره على رؤوس النخيل دون النخيل، ولا زرع الأرض دون الأرض،
 القدوري
 ولا رهن النخيل في الأرض دونها؛ لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة، فكان
 في معنى الشائع. وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع، أو النخيل دون
 الثمر؛ لأن الاتصال يقوم بالطرفين، فصار الأصل أن المرهون إذا كان متصلاً بما
 القاعدة الكلية
 ليس بمرهون لم يجز؛ لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده، وعن أبي حنيفة رحمته: أن
 لا اختلاط بغيره
 رهن الأرض بدون الشجر جائز؛ لأن الشجر اسم للنابت، فيكون استثناء
 الأشجار بمواضعها، بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء؛ لأن البناء اسم للمبنى،
 فإنه لا يصح
 بدون الأرض
 فيصير رهنها جميع الأرض، وهي مشغولة بملك الراهن.
 أي البناء

وجه الأول: وهو رواية "الأصل". (البنية) في باب النكاح: فإنه لا يفرق فيه بين الابتداء والبقاء. (البنية)
 ما بيناه: إشارة إلى قوله: غرامة القيمة وهي فيما يقسم. (البنية) ولهذا: أي ولأجل أن الملك حكمه
 الهبة والمشاع لا ينافيه. [البنية ٥٨٢/١١] ولا رهن الخ: هنا معطوف على قوله: ولا يجوز رهن المشاع،
 وعليه علته. [العناية ٨٤/٩] وعن أبي حنيفة رحمته: رواه الحسن عنه. [البنية ٥٨٣/١١]
 للنابت: على الأرض، ولهذا يسمى بعد القطع جذعاً لا شجرة. (البنية) فيكون استثناء: أي فكان استثناء
 للنابت، فكان رهنها لما سوى المنبت من الأرض، وذلك جائز، بخلاف رهن الأرض دون البناء؛ إذ البناء اسم
 للموضوع على وجه الأرض، فكان ذلك رهنها لجميع الأرض، وذلك مشغول بملك الرهن. [الكفاية ٨٥/٩]

ولو رهن النخيل بمواضعها جاز؛ لأن هذه مجاورة، وهي لا تمنع الصحة. ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن؛ لأنه تابع لاتصاله به، فيدخل تبعاً تصحيحاً للعقد، بخلاف البيع؛ لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز، ولا ضرورة إلى إدخاله من غير ذكره، وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر؛ لأنه ليس بتابع بوجه ما، وكذا يدخل الزرع والرطوبة في رهن الأرض، ولا يدخل في البيع؛ لما ذكرنا في الثمرة. ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية؛ لما ذكرنا، ولو رهن الدار بما فيها: جاز، ولو استحق بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهناً بخصته، ^{أنه تابع} ^{ذكر تفرعاً} ^{الرهون}

لا تمنع الصحة: لأنها لا تكون في معنى المشاع. [البنية ٥٨٤/١١] ولو كان فيه: [ذكرها تفرعاً أيضاً] أي لو كان في النخل الذي رهنه بمواضعه ثمر، يدخل في الرهن؛ لأن العقد لا يصح على النخل دون الثمر، ودخوله في العقد لا يوجب زوال ملك الراهن عنه، وقد قصد إلى عقد صحيح، فدخل فيه ما لا يصح إلا به، وليس كذلك إذا باع النخل؛ لأن بيع النخل دون الثمر صحيح، فلم يكن بنا حاجة إلى إدخال الثمر بغير تسمية. بدون الثمر جائز: فلا ضرورة لإدخاله من غير ضرورة. (البنية) وبخلاف المتاع: هذا عطف على قوله: بخلاف البيع، يعني كما أن الثمن لا يدخل من غير ذكر في بيع النخل، فكذلك لا يدخل المتاع في رهن الدار بلا ذكر. (البنية) حيث لا يدخل: يعني إذا رهن داراً مشغولة بأمتعة الراهن يصح الرهن؛ لأنها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر، فانتهى القبض، ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها، أو منها لم يدخل الأمتعة، بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها، أو منها، فإنه يدخل الثمار. [العناية ٨٥/٩] في الثمرة: أنه تبع ويدخل في الرهن، ولا يشبه الرهن البيع؛ لأن الرهن لم يخرج من ملك الراهن بعقد الرهن، وخارج ملك البائع بالبيع. [البنية ٥٨٥/١١]

ولو رهن: أي لو رهنها وما فيها، وخلّى بينه وبين ذلك، هو خارج منها، ثم الرهن؛ لأن الكل مرهون، فتم القبض في الكل. رهناً بخصته: إذا كان الباقي معزّزاً بقي الرهن فيه بخصته أي مضموناً بخصته من الدين، للرهن حكمان، صيرورة الرهن محبوساً بالدين، ومضموناً بالأقل من قيمته ومن الدين. [البنية ٥٨٥/١١]

وإلا بطل كله؛ لأن الرهن جعل كأنه ما ورد إلا على الباقي، ويمنع التسليم كون الراهن، أو متاعه في الدار المرهونة، وكذا متاعه في الوعاء المرهون، ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها، فلا يتم حتى يلقي الحمل؛ ^{أي الرهن} لأنه شاغل لها، بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها، حيث يكون رهنًا تامًا إذا دفعها إليه؛ لأن الدابة مشغولة به، فصار كما إذا رهن متاعًا في دار، أو في وعاء دون الدار والوعاء، بخلاف ما إذا رهن سرجًا على دابة، أو لجامًا في رأسها، ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنًا، حتى ينزعه منها، ثم يسلمه إليه؛ لأنه من توابع الدابة، بمنزلة الثمرة للنخيل، حتى قالوا: يدخل فيه من غير ذكر. قال: ^{القنوري} ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعواري والمضاربات، ومال الشركة؛

وإلا بطل: يعني وإن لم يكن الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بأن كان شائعًا بطل جميعه. [البنية ٥٨٥/١١] على الباقي: أي من المستحق فصار رهنًا لما بقي وهو مقدر. (البنية) ويمنع التسليم إلخ: حتى لو أخرج الراهن متاعه، وكان هو مع المرهن فيها قائلاً سلمت إليك لا يكون تسليمًا حتى يخرج، ويقول: سلمتها إليك. [الكفاية ٨٥/٩] الوعاء المرهون: وفي شرح "الطحاوي": الحيلة لصحة التسليم أن يودع أولاً مافيه عند المرهن لم يسلم إليه ما رهن. [البنية ٥٨٦/١١]

لأنه شاغل إلخ: فالحاصل: أنه لا يتم تسليم المشغول بالراهن أو بملكه، إلا بإزالة الشواغل، بخلاف ما إذا كان الرهن شاغلًا لا مشغولًا حيث يتم تسليمه كما إذا رهن الحمل على دابة، أو المتاع في دار، أو وعاء دون الدابة، والدار والوعاء، حيث يتم التسليم قبل إسقاط الحمل، وإخراج المتاع عن الوعاء والدار؛ لأن المرهون فيها شاغل لا مشغول. [الكفاية ٨٥/٩] مشغولة به: أي بالحمل، والرهن ليس بمشغول بغيره ولا تابع له. (البنية) توابع الدابة: فلا يصح إفراده عنها بالرهن. [البنية ٥٨٧/١١] حتى قالوا إلخ: يعني قال المشايخ: إذا رهن دابة عليها لجام أو سرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعًا. [العناية ٨٦/٩]

لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون، فلا بد من ضمان ثابت؛ ليقع القبض مضموناً، ويتحقق استيفاء الدين منه. وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة غيرها كالمبيع في يد البائع؛ لأن الضمان ليس بواجب، فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئاً، لكنه يسقط الثمن، وهو حق البائع، فلا يصح الرهن، فأما الأعيان المضمونة بعينها، وهو أن يكون مضموناً بالمثل، أو بالقيمة عند هلاكه، مثل المغصوب، وبَدَلِ الخلع؛ والمهر، وبَدَلِ الصلح عن دم العمد: يصح الرهن بها؛ لأن الضمان متقرر، فإنه إن كان قائماً وجب تسليمه، وإن كان هالكاً تجب قيمته، فكان رهناً بما هو مضمون، فيصح. قال: والرهن بالدرك باطل، والكفالة بالدرك جائزة، والفرق أن الرهن للاستيفاء،

قبض مضمون: أي قبض يصير به المقبوض مضموناً على القابض بقدر الدين، فلا بد من ضمان على الراهن، حتى يصير المرهون مضموناً على المرهن بقدر ذلك الضمان، وليس في الأمانات ضمان، فإن حق صاحب الأمانة مقصور على العين. (الكفاية) كالمبيع: بأن اشترى عيناً، ثم إن المشتري أخذ رهناً من البائع بالمبيع، فإن الرهن باطل؛ لأن المبيع ليس بمضمون، ألا ترى أنه إذا هلك المبيع لم يضمن البائع شيئاً، ولكنه به يسقط الثمن، وهو حق البائع فلا يصح الرهن به، فلو هلك يهلك بغير شيء؛ لأنه اعتبار للبطل، فبقي قبض بإذنه، وإنما سماه مضموناً بغيره باعتبار سقوط الضمان إن لم يقبض، ورده إذا قبض، وإلا فهو ليس بمضمون؛ لأنه إذا هلك يهلك ملك البائع، فلا يجب عليه شيء كما إذا هلك الوديعة. [الكفاية ٨٦/٩] إن كان: أي فإن كل واحد من المغصوب وغيره. والرهن بالدرك إلخ: قد تقدم غير مرة أن الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع، وصورة الرهن بذلك: أن يبيع شيئاً، ويسلمه إلى المشتري، فيخاف المشتري أن يستحقه أحد، فيأخذ من البائع رهناً بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل، حتى لا يملك المرهن حبس الرهن إن قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أولاً. [العناية ٨٦/٩] جائزة: بلا خلاف إلا في قول عند الشافعي لا يصح، وأحمد رحمه الله في رواية. [البنية ٥٨٨/١١] والفرق: بين الرهن والكفالة.

ولا استيفاء قبل الوجوب، وإضافة التملك إلى زمان في المستقبل لا تجوز، أما الكفالة فلا التزام المطالبة، والالتزام^{عقد الالتزام} الأفعال يصح مضافاً إلى المال كما في الصوم^{بالنذر} والصلاة، ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان، ولا يصح الرهن، فلو قبضه قبل الوجوب، فهلك عنده يهلك أمانة؛ لأنه لا عقد حيث وقع باطلاً، بخلاف الرهن بالدين الموعود، وهو أن يقول: رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم، وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته؛ لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة، ولأنه مقبوض^{حالة الرهن} بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده، فيعطي له حكمه، كالمقبوض على سؤم^{الدين} الشراء فيضمنه.

ولا استيفاء إلخ: لأن الواجب هو الذي يستوفى، وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، فلا يجب قبل الاستحقاق. (الكفاية) وإضافة: أي ولا يصح مضافاً إلى حال وجود الدين؛ لأن الاستيفاء معاوضة، فلا تحمل الإضافة، لأن إضافة التملك إلى زمان المستقبل لا يجوز. [الكفاية ٨٦/٩] لا تجوز: بيانه: أن الرهن فيه معنى التملك؛ لأن الارتقائ استيفاء، والرهن إيفاء، فكان فيه معنى المبادلة، والتمليك لا يصح تعليقها بالأخطار. [البنية ٥٨٩/١١]

والصلاة: يعني لو نذر بالصلاة والصوم يصح. (البنية) ولهذا: أي ولأجل كون الكفالة التزام المطالبة، وصحة التزام الأفعال مضاف إلى المال. (البنية) فلو قبضه: أي فلو قبض المشتري الرهن في الدرك قبل حلول الدرك. (البنية) بخلاف الرهن: متصل بقوله: يهلك أمانة عسى أنه لا يهلك أمانة، بل يهلك مضموناً. [البنية ٥٨٩/١١] يهلك بما سمي: قال الأتراري: وفيه تسامح؛ لأنه يهلك بالأقل من قيمته، ومما سمي له من القيمة. ثم نقل عن الامام الإسيجاني أنه قال هكذا في شرح "الطححاوي". [البنية ٥٩٠/١١]

باعتبار الحاجة: فإن الرجل يحتاج إلى استقراض شيء، وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن، فيجعل الدين الموعود موجوداً احتياطاً؛ للجواز دفعاً للحاجة عن المستقرض. (البنية) ولأنه مقبوض إلخ: والمقبوض بجهة الشيء له حكم ذلك الشيء، فيعطى الشيء كالمقبوض على سؤم الشراء. [العناية ٨٧/٩] فيضمنه: [أي الأقل من قيمة الرهن، ومما سمي] أي المرتهن القابض على سؤم الرهن عن الدين الموعود. [البنية ٥٩٠/١١]

قال: ويصح الرهن برأس مال السِّلَم، وبثمن الصرف والمُسَلَّم فيه، وقال زفر ^{رحمته}: لا يجوز؛ لأن حكمه الاستيفاء، وهذا استبدال لعدم المجانسة، وباب الاستبدال فيها مسدود. ولنا: أن المجانسة ثابتة في المالية، فيتحقق الاستيفاء من حيث المال، وهو المضمون على ما مر. قال: والرهن بالمبيع باطل؛ لما بينا أنه غير مضمون بنفسه، فإن هلك: ذهب بغير شيء؛ لأنه لا اعتبار للباطل، فبقي قبضاً بإذنه. قال: وإن هلك الرهن بثمن الصرف، ورأس مال السلم في مجلس العقد: تم الصرف والسلم، وصار المرهن مستوفياً لدينه حكماً؛ لتحقق القبض حكماً، وإن افترقا قبل هلاك الرهن: بطلا؛ لفوات القبض حقيقةً وحكماً. وهو ظاهر

لأن حكمه: حكم كل واحد من الثلاثة الاستيفاء يعني إذا هلك الرهن كان المرهن مستوفياً لدينه من الرهن، واستيفاء غير رأس المال، وبديل الصرف والمسلم فيه لا يجوز. [البنية ٥٩٠/١١-٥٩١] ولنا أن إلخ: أي لنا: أن الرهن للاستيفاء، وكل دين يمكن استيفاؤه من الرهن جاز الرهن به كما في الرهن بسائر الديون، وهذه الديون يمكن استيفاؤها من الرهن، فيصح الرهن بها، والرهن وإن لم يكن من جنس حقه صورة، فهو من جنس حقه معنى وهو المالية، والمضمون من الرهن معناه لا صورته أمانة، فإذا هلك الرهن تم العقد، وصار مستوفياً لحقه.

وهو المضمون: أي المالية هي المضمونة في عقد الرهن؛ لأن العين أمانة في يده، فإذا كان مضموناً من حيث المالية، والأموال كلها جنس واحد من حيث المالية، فتتحقق المجانسة. [الكفاية ٨٧/٩-٨٨] ما مر: إشارة إلى ما ذكر في أوائل كتاب الرهن، والاستيفاء يقع بالمالية، لا بالعين أمانة. (البنية) باطل: لأنه ليس في مقابله حق مضمون بنفسه. (البنية) فإن هلك: أي الرهن يد المشتري. [البنية ٥٩١/١١] وإن افترقا: العاقدان في الصرف والسلم. (البنية) وحكماً: لأنه المرهن إنما يصير قابضاً بالهلاك، وكان بالتفريق فلا يثبت قبله، بخلاف ما إذا افترقا بعد هلاك الرهن؛ لأنه وجد القبض حكماً، فاستحكم العقد بالاستيفاء بالقبض السابق. [البنية ٥٩٢/١١]

وإن هلك الرهن بالمُسْلَم فيه: بطل السلم بهلاكه، ومعناه: أنه يصير مستوفياً للمسلم فيه، فلم يَبْقَ السلم، ولو تفاسخا السلم، وبالمسلم فيه رهن: يكون ذلك رهناً برأس المال حتى يحبس به؛ لأنه بدله، فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن، يكون رهناً بقيمته. ولو هلك الرهن بعد التفاسخ: يهلك بالطعام المسلم فيه؛ لأنه رهنه به، وإن كان محبوساً بغيره، كمن باع عبداً وسلم المبيع، وأخذ بالثمن رهناً، ثم تقايلا البيع: له أن يحبس به لأخذ المبيع؛ لأن الثمن بدله، ولو هلك المرهون: يهلك بالثمن؛

يصير مستوفياً إلخ: قال الأتراري: هذا ليس على إطلاقه؛ لأنه إنما يصير مستوفياً للمسلم فيه، إذا كان في الرهن وفاء به، أما إذا كان الرهن أقل منه فلا، ألا ترى إلى ما قال في باب السلم من شرح "الطحاوي": فإن هلك الرهن في يده صار مستوفياً، وفي الزيادة يكون استيفاء، وإن كان قيمته أقل من المسلم فيه صار مستوفياً لذلك القدر، ويرجع عليه بالباقي. (البنية) حتى يحبس به؛ لأنه حتى بمعنى الغاية، هذا جواب الاستحسان، وفيه القياس لا يكون رهناً به حتى لا يحبس وهو مذهب الأئمة الثلاثة. (البنية) لأنه بدله: أي لأن رأس المال بدل المسلم فيه، وبدل الشيء يقوم مقامه. [البنية ٥٩٢/١١]

إذا هلك: أي ارقن بالمغصوب، فهلك له أن يحبس الرهن بقيمته؛ لأن الواجب بالغصب استرداد الغصب عند قيامه، والقيمة عند هلاكه. [الكفاية ٨٨/٩] ولو هلك: أي في يد رب السلم. [البنية ٥٩٣/١١] يهلك بالطعام [حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام. (البنية)] إلخ: فعلى المرهون أن يعطي مثل الطعام الذي كان له على المسلم إليه، ويأخذ رأس ماله؛ لأن قبض المال صارت ماليته مضمونة بطعام السلم، وقد بقي حكم الرهن إلى أن هلك، فصار بهلاك الرهن مستوفياً طعام السلم، ولو استوفاه حقيقة قبل الإقالة ثم تقايلا يلزمه رد المستوفي لاسترداد رأس المال، فكذلك ههنا؛ لأن الإقالة في باب السلم لا تحتل الفسخ بعد ثبوتها، فهلاك الرهن لا يبطل الإقالة، وإنما جعله هالكاً بالطعام، لا برأس المال؛ لأنه ليس برهن به؛ لكونه محبوساً به؛ لما قلنا، ويجوز أن يكون الشيء محبوساً بالشيء، ولا يكون مضموناً به.

لما بينا، وكذا لو اشترى عبداً شراءً فاسداً، وأدى ثمنه: له أن يجسه ليستوفي الثمن، ثم لو هلك المشتري في يد المشتري: يهلك بقيمته فكذا هذا. قال: ولا يجوز رهن الحر ^{بعد الحبس} والمدبر والمكاتب وأمّ الولد؛ لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء، ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء؛ لعدم المالية في الحر، وقيام المانع في الباقيين، ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس، وكذا بالقصاص في النفس وما دونها، لتعذر الاستيفاء بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ؛ لأن استيفاء الأرض من الرهن ممكن. ولا يجوز الرهن بالشفعة؛ لأن المبيع غير مضمون على المشتري، ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المديون؛ لأنه ^{العبد} غير مضمون على المولى، فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء، ولا بأجرة النائحة والمغنية، ^{المولى}

لما بينا: إشارة إلى قوله: لأنه رهن به. (الكفاية) وأدى ثمنه إلخ: ثم أراد فسخه للفساد، له أي للمشتري أن يجس العبد ليستوفي الثمن؛ لأن العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري؛ لاستيفاء الثمن من البائع في البيع الفاسد. [الكفاية ٨٨/٩] قال: أي المصنف، وليس في كثير من النسخ لفظ "قال". [البناءة ٥٩٤/١١] وقيام المانع: يعني حق الحرية في الباقيين، ولهذا لو طرأت هذه التصرفات أبطلته، فإذا كان مقارنة منعه. [العناية ٨٨/٩] ولا يجوز [ذكره بسبيل التفريع] إلخ: لمعنيين: أحدهما ما ذكره في الكتاب: أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن. والثاني: أن المكفول به غير مضمون في نفسه، فإنه لو هلك لم يجب شيء، وهما جاريان في القصاص في النفس وما دونه. [الكفاية ٨٩/٩]

خطأ: فالرهن بالدية والأرض صحيح. ولا يجوز [ذكرها على سبيل التفريع] الرهن بالشفعة: صورته: أن يطلب الشفيع الشفعة، ويقضي القاضي بذلك، فيقول للمشتري: أعطني رهناً بالدار المشفوعة. [العناية ٨٩/٩] على المشتري: للشفيع ألا ترى أن المبيع إذا هلك لا يلزم المشتري ضمان. (البناءة) ولا بالعبد الجاني: لأنه إذا مات بطل حق المحني عليه. [البناءة ٥٩٥/١١] لا يجب عليه شيء: فإن العبد الجاني إذا مات بطل حق المحني عليه، ولا يلزم المولى شيء من ذلك، وكذلك العبد المديون إذا مات لم يجب بموته على أحد شيء.

حتى لو ضاع: لم يكن مضموناً؛ لأنه لا يقابله شيء مضمون. ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمراً، أو يرهنه من مسلم أو ذمي؛ لتعذر الإيفاء والاستيفاء في حق المسلم، ثم الراهن إذا كان ذمياً، فالخمر مضمون عليه للذمي كما إذا غصبه، وإن كان المرتهن ذمياً: لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه، بخلاف ما إذا جرى ذلك فيما بينهم؛ لأنها مال في حقهم، أما الميتة فليست بمال عندهم، فلا يجوز رهنها وارتقائها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال. ولو اشترى عبداً، ورهن بثمنه عبداً، أو خلا، أو شاة مذبوحة، ثم ظهر العبد حراً، أو الخل خمراً، أو الشاة ميتة: فالرهن أو اشترى مضمون؛ لأنه رهنه بدين واجب ظاهراً. وكذا إذا قتل عبداً، ورهن بقيمته رهناً، ثم ظهر أنه حر، وهذا كله على ظاهر الرواية. وكذا إذا صالح على إنكار، ورهن بما صالح عليه رهناً، ثم تصادقا أن لا دين: فالرهن مضمون، وعن أبي يوسف رحمته الله خلافه،

لم يكن مضموناً؛ لأن الرهن حصل بما ليس بواجب أصلاً، ألا ترى أنهما لو ترافعا بالأمر إلى القاضي قبل الرهن، فالقاضي لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر، كذا في "الذخيرة". (النهاية) الإيفاء والاستيفاء: لتعذر الإيفاء إذا كان هو الراهن، والاستيفاء إذا كان هو المرتهن. (البنية) كما إذا غصب المسلم الخمر من الذمي. [البنية ٥٩٥/١١] فالرهن مضمون: يعني بالأقل من قيمته، ومن قيمة الرهن. [العناية ٨٩/٩] واجب ظاهراً: ألا ترى أن البائع والمشتري لو اختصما إلى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق، فالقاضي يقضي بالثمن، ووجوب الدين ظاهراً يكفي لصحة الرهن، ولصيورته مضموناً. (العناية) إذا قتل إلخ: أي أن الرهن مضمون بأقل من قيمته، ومن قيمة الرهن. ثم تصادقا: أي لم يكن للمدعي على المدعى عليه شيء. وعن أبي يوسف رحمته الله: رواه بشر عنه. [البنية ٥٩٧/١١] خلافه: أي خلاف هذا الحكم. [البنية ٥٩٧/١١] لأنهما لما تصادقا أن لا دين، فقد تصادقا على عدم الضمان، وتصادقهما حجة في حقهما، والاستيفاء بدون الدين لا يتصور. [العناية ٨٩/٩]

وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه. قال: ويجوز للأب أن يرهن^{محمد} يدين عليه عبداً لابنه الصغير؛ لأنه يملك الإيداع، وهذا أنظر^{علي الأب} في حق الصبي منه؛ لأن قيام المرهن^{مرهون} بحفظه أبلغ خيفة الغرامة، ولو هلك يهلك مضمونا، والوديعة تملك أمانة، والوصي بمنزلة الأب^{من حفظ المودع هذا المرهون} في هذا الباب؛ لما بينا. وعن أبي يوسف وزفر رحمهما: أنه لا يجوز ذلك منهما، وهو القياس، اعتباراً بحقيقة الإيفاء، ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان: أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال، وفي هذا نصب حافظ^{أي الرهن} لماله ناجزاً مع بقاء ملكه، فوضح الفرق، وإذا جاز الرهن يصير المرهن مستوفياً دينه لو هلك في يده، ويصير الأب أو الوصي موفياً له، ويضمنه للصبي؛ لأنه قضى دينه بماله،^{الرهن الرهن الأب والوصي الصبي}

وكذا قياسه إلخ: الرواية المحفوظة عن أبي يوسف رحمه الله في مسألة الصلح عن الإنكار أن المرهن لا يضمن إذا تصادقا أن لا دين، ولم يحفظ روايته في مسألة من اشترى عبداً، ورهن بثمنه، ثم ظهر العبد حراً وأخواتها، ولكن وجدوا تلك المسائل كمسألة الصلح على الإنكار، فقالوا: قياس قول أبي يوسف رحمه الله في هذه المسائل يقتضي أن لا يكون الرهن مضموناً. [الكفاية ٨٩/٩ - ٩٠]

فيما تقدم: أي فيما تقدم منه المسائل من جنس هذا المذكور. (البنية) لابنه الصغير: احتراز عن الابن الكبير، فإنه لا يجوز للأب أن يرهن عبده بدين نفسه إلا بإذن الابن. [العناية ٩٠/٩] لأنه يملك الإيداع: أي لأن الأب إيداع ابنه الصغير. (البنية) والوصي إلخ: يعني إذا رهن الوصي متاع اليتيم بدينه جاز. (البنية) لما بينا: إشارة إلى قوله: وهذا أنظر في حق الصبي منه. (البنية) اعتباراً: أي قياساً على ما إذا أوفيا دينهما من مال الصغير، فإنه لا يجوز، فكذا رهنهما، لأنه صرف إلى الصغير إلى منفعة تسهماً فلا يجوز. [البنية ٥٩٨/١١]

ويضمنه للصبي: وفي "الذخيرة" و"المغني": وإذا صح الرهن بينهما، وهلك الرهن في يد المرهن هلك بما فيه، ويضمن الأب والوصي للصغير قيمة الرهن إذا كانت القيمة مثل الدين، وإن كانت القيمة أكثر من الدين يضمن مقدار الدين، ولا يضمن الزيادة؛ لأن الأب والوصي فيما زاد مودع مال الصغير. [الكفاية ٩٠/٩]

وكذا لو سلط المرهن على بيعه؛ لأنه توكيل بالبيع، وهما يملكانه، قالوا: أصل هذه المسألة البيع، فإن الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه: جاز، وتقع المقاصّة ويضمنه للصبي عندهما، وعند أبي يوسف رحمته الله: لا تقع المقاصّة، وكذا وكيل البائع بالبيع، والرهن نظير البيع؛ نظراً إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان. وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه، أو من ابن له صغير، أو عبد له تاجر، لا دين عليه جاز؛ العبد

وكذا لو سلط: أي كما أن الأب والوصي يضمنان للصبي إذا هلك متاعه الذي رهنه عند المرهن، فكذلك يضمنان إذا سلط المرهن على بيع الرهن فباعه. (البنية) قالوا إلخ: أي المشايخ: أصل هذه مسألة الرهن من الأب أو الوصي بدين نفسه متاع الصغير البيع. (البنية) وتقع المقاصّة: أي بين الدين والضمن. [البنية ٥٩٩/١١] لا تقع المقاصّة: بل يبقى دين الغريم على الأب كما كان، ويصير للصغير الثمن على المشتري. [العناية ٩٠/٩] وكيل البائع إلخ: يعني إذا كان للمشتري على وكيل البائع دين كان على هذا الخلاف يقع المقاصّة عندهما خلافاً لأبي يوسف رحمته الله. (الكفاية) من حيث وجوب إلخ: أي من حيث أنه يصير قاضياً دينه عند هلاك الرهن ضامناً مثله للصبي، وفي البيع كذلك، فإنه يصير قاضياً دينه من الثمن الواجب للصغير ضامناً له مثله. [الكفاية ٩٠/٩] وإذا رهن إلخ: يريد بيان جواز أن يكون الأب رهنًا ومرتهناً بالنسبة إلى مال واحد، وهو أن يكون له دين على ابنه الصغير، ويأخذ شيئاً رهنًا من متاعه، فيكون رهنًا من جهة ابنه ومرتهناً لذاته. [العناية ٩٠/٩] من ابن له: أي رهن الأب متاع ابنه الصغير من ابن له آخر صغير، بأن يكون لرجل ابنان صغيران، فصار لأحدهما دين على آخر بوجه من الوجوه، فرهن الأب متاع ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الذي هو رب الدين. [الكفاية ٩٠/٩] عبد له تاجر إلخ: أي للأب عبد تاجر، ولهذا العبد التاجر دين على الصغير يعني رهن الأب متاع ولده الصغير من عبد نفسه. [الكفاية ٩٠/٩]

لا دين عليه: إنما قيد به؛ لأن الشبهة إنما ترد فيما إذا لم يكن على العبد دين؛ لأنه حينئذ يكون بمنزلة أن يرهنه من نفسه؛ لأن كسب عبده الذي لا دين عليه له، ولكن هو غير مانع؛ لما ذكرنا أنه لو رهن متاع ابنه الصغير من نفسه يجوز، فكذلك هنا، وأما إذا كان على العبد دين، فلا شك في جواز الرهن، حتى أن الوصي يشارك الأب في جواز الرهن في هذه الصورة. [الكفاية ٩١/٩]

لأن الأب لو فور شفقتة أنزل منزلة شخصين، وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد، كما في بيعه مال الصغير من نفسه، فتولى طرفي العقد. ولو ارقنه الوصي من نفسه، أو من هذين، أو رهن عيناً له من اليتيم بحق لليتيم عليه: لم يَجْزُ؛ لأنه وكيل محض، والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع، وهو قاصر الشفقة، فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقاً له بالأب، والرهن من ابنه الصغير وعبد التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه، بخلاف ابنه الكبير وأبيه، وعبد الذي عليه دين؛ لأنه لا ولاية له عليهم، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء؛ لأنه متهم فيه، ولا تُهَمَّة في الرهن؛ لأن له حكماً واحداً. وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه، فرهن به متاعاً لليتيم: جاز؛ لأن الاستدانة جائزة للحاجة، والرهن يقع إيفاءً للحق فيجوز، لهذا الدين

كما في بيعه: أي هذا بناء على أن بيع الأب مال ولده من نفسه جائز، وإن لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة، بأن باع بمثل القيمة من نفسه، فكذا جاز رهنه، وإن كان الرهن يصير مضموناً بالقيمة، وأما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعاً بمثل القيمة، فكذا رهنه من نفسه. [العناية ٩٠/٩]

ولو ارقنه إلخ: أي ارقن الوصي متاع الصغير بدين للوصي على الصغير، أو من هذين، أي لو ارقن الوصي متاع الصغير بدين ابنه الصغير على الصغير اليتيم، وعبد تاجر له. (البناءة) قاصر الشفقة: والأب كامل الشفقة. إلحاقاً له بالأب: أي لأجل إلحاق الوصي بالأب، وهذا في حيز النفي، والمعنى: أن الوصي لا يلحق الأب في جواز تولي طرفي العقد؛ لأنه قاصر الشفقة. [البناءة ٦٠١/١١]

من هؤلاء: المذكورين حيث لا يجوز. (البناءة) حكماً واحداً: يريد كونه مضموناً بالأقل من القيمة، والدين، سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبي. [العناية ٩١/٩] استدان الوصي: أي اشترى بدين كسوة لليتيم، أو طعاماً. [الكفاية ٩١/٩] للحق فيجوز: أي لأجله الإيفاء للحق، فيجوز للوصي أن يوفي الحق الذي على الصغير من مال الصغير. [البناءة ٦٠٢/١١]

وكذلك لو اتجر لليتيم، فارتقن أو رهن؛ لأن الأولى له التجارة؛ تمييزاً لمال اليتيم،
 فلا يجد بُدّاً من الارتقائ والرهن؛ لأنه إيفاء واستيفاء. وإذا رهن الأب متاع الصغير،
 فأدرك الابن ومات الأب: ليس للابن أن يردّه حتى يقضي الدين؛ لوقوعه لازماً من
 جانبه؛ إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ؛ لقيامه مقامه. ولو كان
 الأب رهنه لنفسه، فقضاه الابن: رجع به في مال الأب؛ لأنه مضطر فيه لحاجته إلى
 إحياء ملكه، فأشبهه معير الرهن. وكذا إذا هلك قبل أن يفتكه؛ لأن الأب يصير قاضياً
 دينه بماله، فله أن يرجع عليه، ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير: جاز؛
 لاشتتماله على أمرين جائزين، فإن هلك: ضمن الأب حصته من ذلك للولد؛

لو اتجر: أي إذا اتجر الوصي لأجل اليتيم، فباع متاعه فأخذ رهناً، أو اشترى لأجل اليتيم، فرهن متاع
 اليتيم جاز ذلك. رهن الأب إلخ: أطلق رهن الأب متاع الصغير، فأدرك، ولم يذكر أنه رهن للدين
 الصغير أو للدين نفسه؛ لأن هذا الحكم الذي ذكره لا يختلف بين أن يكون الدين دين الصغير أو دين
 الأب، وقوله: ومات الأب قيد اتفاقي، وكذلك ذكر الأب ليس بقيد؛ لأن هذا الحكم وهو عدم ولاية
 استرداد الصغير قبل أداء الدين إذا بلغ لا يختلف بين أن يكون الراهن أباً، أو وصياً للصغير. ذكر
 شيخ الإسلام في "مبسوطه": وإذا رهن الأب مالاً لولده، وهو صغير فأدرك، فأراد رد الرهن ليس له ذلك؛
 لأن الوصي لو رهن مال الصغير إما بدينه أو بدين الصغير، ثم بلغ الصغير، فأراد أن يرد ذلك لم يكن له
 ذلك، فإذا فعله الأب، وأنه أعم ولاية أولى. [الكفاية ٩٢/٩] فقضاه إلخ: أي إذا قضى الابن دين المرتهن،
 فإن كان الرهن لنفسه فذاك، وإن كان لوالده فله أن يرجع في مال والده؛ لأنه مضطر فيه. [العناية ٩١/٩]
 ولو رهنه: أي ولو رهن الأب متاع ولده. [البنية ٦٠٣/١١] أمرين جائزين إلخ: يريد به رهن الأب
 والوصي متاع الصغير بدين على نفسه، ورهنهما ذلك بدين على الصغير؛ وذلك لأنه لما ملك أن يرهن
 بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما؛ لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء
 المركب، جاز أن يثبت لكل دون العكس. [العناية ٩٢/٩]

لا يفائه دينه من ماله بهذا المقدار، وكذلك الوصي، وكذلك الجدُّ أبُّ الأب إذا لم يكن الأبُّ، أو وصي الأب. ولو رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه، وقبض المرتهن، ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم، فضاغ في يد الوصي: فإنه خرج من الرهن، وهلك من مال اليتيم؛ لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ؛ لأنه استعاره لحاجة الصبي، والحكم فيه هذا على ما نبينه إن شاء الله تعالى. والمال دين على الوصي، معناه هو المطالب به، ثم يرجع بذلك على الصبي؛ لأنه غير متعد في هذه الاستعارة؛ إذ هي لحاجة الصبي، ولو استعاره لحاجة نفسه: ضمنه للصبي؛ لأنه متعد؛ إذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه. ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه، فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده: فالوصي ضامن لقيمته؛ لأنه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال، وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه، فيقضى به الدين إن كان قد حلَّ، فإن كانت قيمته مثل الدين: أدَّاه إلى المرتهن، ولا يرجع على اليتيم؛ لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم، فالتقيا قصاصاً.

وكذلك الوصي: أي وكذا حكم دين الوصي إذا رهن متاع الصغير بدين على نفسه، وبدين على الصغير. (البناءة) والحكم فيه إلخ: يعني لو كان اليتيم بالغاً، فرهن متاعه بنفسه، ثم استعاره من المرتهن، فهلك في يده لم يسقط الدين؛ لأن عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفياً، ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفياً دينه باعتبار يد المديون. [البناءة ٩٢/٩] ما نبينه: أشار به إلى ما ذكره بعد عدة أوراق في باب التصرف في الرهن. [البناءة ٦٠٤/١١] لأنه غير متعد: لأن الاستعارة كانت لمصلحة الصبي وإن قضى دين الصبي، ف يرجع عليه. (البناءة) ضمنه للصبي: يعني إذا هلك في يده ضمنه. [البناءة ٦٠٥/١١] ولاية الاستعمال: أي استعمال مال الصغير. بالاستعمال: لأنه متعد في حقه. [البناءة ٦٠٥/١١]

وإن كانت قيمته أقل من الدين أدى قدر القيمة إلى المرتهن، وأدى الزيادة من مال
اليتيم؛ لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير. وإن كانت قيمة الرهن أكثر من
الدين: أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتهن، والفضل لليتيم، وإن كان لم يحل
الدين: فالقيمة رهن؛ لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم، فتكون رهناً عنده، ثم
إذا حل الأجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه. ولو أنه غصبه واستعمله
لحاجة الصغير حتى هلك في يده: يضمنه لحق المرتهن، ولا يضمنه لحق الصغير؛ لأن
استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد، وكذا الأخذ؛ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم، ولهذا
قال في كتاب الإقرار: إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء؛
لأنه لا يتصور غصبه؛ لما أن له ولاية الأخذ، فإذا هلك في يده: يضمنه للمرتهن،
يأخذه بدينه إن كان قد حل، ويرجع الوصي على الصغير؛ لأنه ليس بمتعد، بل هو
عامل له، وإن كان لم يحل يكون رهناً عند المرتهن،
الدين القيمة

أدى قدر الدين: قال الكاكي: قوله: أدى قدر الدين إلى المرتهن، وفي بعض النسخ: أدى قدر القيمة،
وهذا سهو وقع من الكاتب، وهذا ظاهر، لا خفاء لأحد أن حق المرتهن بقدر الدين لا قيمة الرهن، فكان
الصحيح ما أثبت في المتن، وكذلك قاله الأتراري. [البنية ٦٠٦/١١] والفضل لليتيم: لأنه بدل ملكه.
فالقيمة رهن: لأنها تقوم مقام الرهن. (البنية) فصلناه: أراد به قوله: فإن كانت قيمته مثل الدين، إلى آخره. (البنية)
يضمنه إلخ: يعني أن الوصي يضمنه قدر الدين، وهو حق المرتهن؛ لأنه غصب حقه واستعمله، ولا يضمنه الزيادة
على قدر الدين، وهي حق الصغير؛ لأنه لم يوجد التعدي من الوصي في حق الصغير؛ لأنه استعمل مال الصغير في
حاجة الصغير غاية ما في الباب أنه أخذ مال اليتيم من يد المرتهن، وله ولاية الأخذ بدليل ما قال في كتاب الإقرار:
إذا أقر إلخ. ولا يضمنه: يعني قدر الزيادة على الدين. (العناية) يأخذه بدينه: أي يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي
بمقابلة دينه، فصله عما قبله للاستئناف. [العناية ٩٣/٩] لأنه ليس بمتعد: لأن عمله وقع لأجل الصغير.

ثم إذا حلَّ الدينُ يأخذ دينه منه، ويرجع الوصيُّ على الصبي بذلك؛ لما ذكرنا. قال: ^{القيمة} ^{بما أخذ المرهن} ويجوز رهنُ الدراهم والدنانير والمكيل والموزون؛ لأنه يتحقق الاستيفاء منه، فكان محلاً للرهن، فإن رُهِنتُ بجنسها فهلكت: ^{عند المرهن} هلكت بمثلها من الدين، وإن اختلفا في ^{قدرا} الجودة؛ لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها، وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأن عنده ^{أبي حنيفة} يصير مستوفياً باعتبار الوزن دون القيمة، وعندهما: ^{المرهن} يضمن القيمة من خلاف جنسه، ويكون رهناً مكانه. وفي "الجامع الصغير": فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة عشر فضاء: فهو بما فيه. قال رضي الله عنه: ^{المصنف} معناه أن تكون قيمته مثل وزنه، أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق؛ لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن، ^{الإمام ولا للجودة} وعندهما باعتبار القيمة، وهي مثل الدين في الأول، وزيادة عليه في الثاني،

لما ذكرنا: أشار به إلى قوله: لأنه ليس بمتعدد بل هو عامل له. [البنية ٦٠٧/١١] ويجوز إلخ: قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون، والدراهم والدنانير على هذه الصفة، فيجوز رهنهما. [العناية ٩٣/٩] لا معتبر بالجودة: لأن الجودة لا قيمة لها إذا لاقت جنسها فيما يجري فيه الربا. [البنية ٦٠٧/١١-٦٠٨] ويكون رهناً إلخ: لأنه لو صار مستوفياً يتضرر المرهن، فالأصل عنده أن حالة الهلاك حالة الاستهلاك، والاستيفاء إنما يكون بالوزن، وعندهما: حالة الهلاك حالة الاستيفاء إذا لم يفض إلى الضرر. وفي "الجامع الصغير": وأتى برواية "الجامع الصغير" لاحتياجها إلى تفصيل ذكره. [العناية ٩٤/٩] فهو بما فيه: الهاء في فيه راجعة إلى الرهن، أي يهلك الرهن بالدين الذي في الرهن، وصار كأن الدين في الرهن من حيث المالية. قال بعض الفضلاء طعنًا فيه: لا يخفى أن رواية القدوري أيضًا إلخ. [نتائج الأفكار ٩٤/٩] بالاتفاق: وأراد بالفصلين ما كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر على ما ذكره في الكتاب، وفي بعض النسخ: في الوجهين. [البنية ٦٠٨/١١] في الأول: هو ما إذا كانت قيمة الرهن مثل وزن الرهن. في الثاني: وهو ما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من وزنه.

فيصير بقدر الدين مستوفياً، فإن كانت قيمته أقل من الدين: فهو على الخلاف المذكور^{المرتهن}. لهما: أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن؛ لما فيه من الضرر بالمرتهن، ولا إلى اعتبار القيمة؛ لأنه يؤدي إلى الربا، فصرنا إلى التضمين، بخلاف الجنس؛ لينتقض القبض، ويجعل مكانه ثم يملكه، وله: أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها، واستيفاء الجيد بالردىء جائز كما إذا تجوز به، وقد حصل الاستيفاء بالإجماع، ولهذا يحتاج إلى نقضه،

على الخلاف: يعني عند أبي حنيفة رحمه الله يهلك بالدين، وعندهما يضمنه القيمة من خلاف جنسه. (البنية) الضرر بالمرتهن: وهو إسقاط حقه في الجودة. [البنية ٦٠٩/١١] إلى الربا: لأنه لو صار مستوفياً من دينه ثمانية اعتباراً للقيمة لصار مستوفياً ثمانية بعشرة من حيث الوزن، فيكون رباً. [الكفاية ٩٤/٩] لينتقض القبض: لا يقال: بأن القبض قد انتقض لفوات المحل، وهو فعل حسبي، فلا يتصور بدون المحل؛ لأننا نقول: القبض لا ينتقض إلا بالرد أو بالاستيفاء، ولم يوجد أحدهما، فيكون القبض باقياً حكماً وإن فات المحل، فيصار إلى التضمين، بخلاف الجنس؛ ليتم القبض صورة ومعنى، فيكون معنى قوله في الكتاب: لينتقض القبض ليكمل ويتم القبض. (الكفاية) ثم يملكه: أي ثم يفتكه الراهن بقضاء الدين فيملكه، أي ذلك الضمان الذي جعل مكان الأول. [الكفاية ٩٤/٩]

واستيفاء الجيد: قال الكاكي: هذا وقع في النسخ، ولكن الأصح أن يقال: استيفاء الردىء بالجيد جائز. [البنية ٦٠٩/١١] إذا تجوز: [في بدل الصرف والسلم، التجوز: هو المسامحة في الاستيفاء به] إنه يستعمل فيما إذا أخذ الردىء مكان الجيد، ووضع المسألة فيما إذا استوفى المرتهن بعشرة قيمة إبريق، هي أقل من العشرة لرداءته. (النهاية) حصل الاستيفاء إلخ: لأنه من جنس حقه، وقد قبضه على وجه الاستيفاء، ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان؛ لأنه لا بد له من مطالب ومطالب، ولا مطالب هنا؛ لأنه لو كان إما أن يكون هو الراهن أو المرتهن، ولا يجوز أن يكون الراهن هو المطالب للنقض بعد قضاء دينه بالردىء؛ لأن ذلك يضره ولا ينفعه، ولا يجوز أن يكون هو المرتهن؛ لأن المرتهن مطالب، فلا يصح أن يكون مطالباً للتدافع. [الكفاية ٩٤/٩]

ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان؛ لأنه لا بد له من مطالب ومطالب، وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه، ويتعذر التضمن بتعذر النقض، وقيل: هذه فريضة ما إذا استوفى الزبوف مكان الجياد فهلك، ثم علم بالزيادة: يمنع الاستيفاء وهو معروف، غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور؛ لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة رحمته، وفي هذا مع أبي يوسف رحمته. والفرق لمحمد رحمته: أنه قبض الزبوف ليستوفي من مسألة الرهن عينها، والزيادة لا تمنع الاستيفاء، وقد تم بالهلاك، وقبض الرهن؛ ليستوفي من محل آخر، فلا بد من نقض القبض، وقد أمكن عنده بالتضمن.

محمد رحمته بتضمن الرهن

وكذا الإنسان إلخ: يعني لا يمكن أن يقال أيضاً: إن الرهن يضمن؛ لأنه صار مستوفياً بالهلاك، فصار المستوفى ملكاً له، ومن المحال أن يضمن الإنسان ملك نفسه، ولما تعذر التضمن تعذر النقض. (الكفاية) وهو [أي حكم هذه المسألة لا متفرعة عليها] معروف: فإنه يسقط دينه، ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة رحمته، وقال أبو يوسف رحمته: يضمن مثل ما قبض، يأخذ مثل حقه. وقول محمد رحمته أولاً كقول أبي حنيفة رحمته، وآخر كقول أبي يوسف رحمته، كذا ذكره عيسى بن أبان رحمته، والأصح: أن هذه المسألة مبتدأة؛ لأن محمداً مع أبي حنيفة رحمته في تلك المسألة في المشهور، ومع أبي يوسف رحمته في هذه المسألة. [الكفاية ٩/٩٥]

فيها: أي في المسألة المتفرعة عليها. والفرق لمحمد رحمته: يعني على تقدير أن تكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة، أنه أي رب الدين قبض الزبوف؛ ليستوفي حقه من عينها أي أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين، والزيادة لا تمنع الاستيفاء، وقد تم بالهلاك، وللمرهن قبض الرهن؛ ليستوفي دينه من محل آخر، فكان قابلاً لرده بالضمان، وأخذ مثل حقه، فينتقض القبض، ووجه البناء ما قيل: إن الزيف مقبوض للاستيفاء، فيكون بمنزلة المقبوض بحقيقة الاستيفاء، وهناك المستوفي إذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه، ولا يرجع بشيء عند أبي حنيفة رحمته لمكان الجودة، فكذا في الرهن. وعندهما: هناك يضمن مثل المستوفي، ويقام رد المثل رد العين لمراعاة حقه في الجودة، فكذلك في الرهن. [العناية ٩/٩٥]

الاستيفاء: فكان الدين من جنس حقه. (البناء) من محل آخر: يعني من غير الرهن. [البناء ١١/٦١٢]

ولو انكسر الإبريق، ففي الوجه الأول - وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه - عند
 أبي حنيفة وأبي يوسف ^{رحمهما}: لا يجبر على الفكك؛ لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء
 من الدين؛ لأنه يصير قاضياً دينه بالجودة على الانفراد، ولا إلى أن يفتكه مع
 النقصان؛ لما فيه من الضرر، فخيرناه إن شاء افتكه بما فيه، وإن شاء ضمَّنه
 قيمته من جنسه أو خلاف جنسه، وتكون رهناً عند المرتهن، والمكسور للمرتهن
 بالضمان، وعند محمد ^{رحمته}: إن شاء افتكه ناقصاً، وإن شاء جعله بالدين اعتباراً
 لحالة الانكسار بحالة الهلاك؛ وهذا لأنه لما تعذر الفك مجاناً صار بمنزلة الهلاك،
 وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالإجماع، فكذا فيما هو في معناه.

لأنه لا وجه إلخ: أي لأنه إن أجبر عليه، فإما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين، أو مع كماله، وهو
 نقصان من جهة الرهن، لا وجه إلى الأول؛ لأنه أي المرتهن يصير قابضاً دينه بالجودة على الانفراد، فإنه
 لم ينقص من الدين إلا في مقابلة ما فات من جودة الإبريق بالكسر، وذلك ربا، ولا إلى الثاني؛ لما فيه من
 الإضرار بالراهن؛ لأن المرتهن قبض الرهن سليماً عن العيب، وبالانكسار صار معيباً، فيصل إليه حقه ناقصاً
 إذا لم يسقط شيء من دينه، وذلك ضرر به لا محالة، فخيرناه إلخ. [العناية ٩٥/٩]

دينه: فإنه لم ينقص عن الدين إلا في مقابلة ما فات من جودة الإبريق بالكسر، وذلك ربا. (البنية)
 على الانفراد: أي بالصياغة والجودة لا قيمة لها عند الانفراد. مع النقصان: أي أن يمسك الراهن
 الرهن مع النقصان. (البنية) من الضرر: أي بالراهن، لأن المرتهن قبض الرهن سليماً عن العيب،
 وبالانكسار صار معيباً، فيصل إليه حقه ناقصاً إذا لم يسقط شيء من دينه، وذلك ضرر به لا محالة. (البنية)
 افتكه بما فيه: أي بالدين الذي في الكسور، يعني افتك الراهن الإبريق المنكسر ناقصاً لما هو بالدين الذي
 هو مرهون فيه يعني بجميع الدين. [البنية ١١/٦١٢] بالدين: فيصير ملكاً للمرتهن، ويذهب الدين.

لما تعذر إلخ: لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين، ولا إلى أن يفتكه من النقصان؛ لما فيه من الضرر
 بالراهن فتعذر الفكك أصلاً فصار بمنزلة الهلاك. [الكفاية ٩٦/٩]

قلنا: الاستيفاء عند الهلاك بالمالية، وطريقه أن يكون مضموناً بالقيمة، ثم تقع
 المقاصة، وفي جعله بالدين إغلاق الرهن، وهو حكم جاهلي، فكان التضمين^{لنفوات عينه}
 بالقيمة أولى. وفي الوجه الثالث: وهو ما إذا كانت قيمته أقل^{مردود شرعاً} من وزنه ثمانية، يضمن^{الرهن}
 قيمته جيداً من خلاف جنسه، أو رديئاً من جنسه، وتكون رهناً عنده، وهذا^{تحرزا عن الربا}
 بالاتفاق. أما عندهما فظاهر، وكذلك عند محمد رحمته الله؛ لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة^{القبة}
 الهلاك، والهلاك عنده بالقيمة. وفي الوجه الثاني - وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من
 وزنه اثني عشر - عند أبي حنيفة رحمته الله: يضمن جميع قيمته، وتكون رهناً عنده؛ لأن^{محمد بن}
 العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة، فإن كان باعتبار الوزن كله مضموناً،^{القيمة}
 في الأموال الربوية الإمام

وطريقه إلخ: أي طريق صيرورته مضموناً بالدين أن يجعل مضموناً بالقيمة بقدر الدين؛ لأنه عقد استيفاء،
 وسقوط الدين في الاستيفاء الحقيقي باعتبار أن يجعل مضموناً بالقيمة عليه، ثم يقع المقاصة بين ما له وما
 عليه، فكذا في الاستيفاء الحكمي، وجعله مضموناً بالدين في حال قيام الرهن يؤدي إلى إغلاق الرهن، وأنه
 حكم جاهلي مردود في الشرع، فصارت إلى التضمين بالقيمة؛ لأنه لا يؤدي إلى الإغلاق، لانتقال حكم
 الرهن إلا مثله. [الكفاية ٩/٩٦] ثم تقع المقاصة: بين الدينين يعني ما له وما عليه وهو مشروع. (البنية)
 إغلاق الرهن: وهو الاحتباس الكلي، بأن يصير الرهن مملوكاً للمرتهن. [البنية ١١/٦١٣]
 فكان التضمين بالقيمة: وفي هذه العبارة تسامح، والحق أن يقال: فكان التضمين بالقيمة واجباً، أو
 صواباً أو الصحيح أو ما شاكل ذلك. [البنية ١١/٦١٣] وفي الوجه الثالث إلخ: وإنما قدم الوجه الثالث
 على الوجه الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان، فيه طول. [العناية ٩/٩٦] من وزنه: بأن يكون الوزن عشرة
 كالدين، وقيمته ثمانية. (البنية) فظاهر: لأن عندهما حالة الانكسار حالة التضمين بالقيمة بكل حال. (الكفاية)
 والهلاك عنده: فيما إذا كانت قيمته أقل من وزنه. [الكفاية ٩/٩٧] من وزنه: لجودة صناعة فيه. [البنية ١١/٦١٤]
 فإن كان إلخ: أي فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضموناً كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين،
 جعل الرهن كله مضموناً من حيث القيمة. [العناية ٩/٩٦]

يجعل كله مضموناً، وإن كان بعضه فبعضه؛ وهذا لأن الجودة تابعة للذات، ومتى صار الأصل مضموناً استحال أن يكون التابع أمانة، وعند أبي يوسف رحمته ^{المرقن} يضمن خمسة أسداس قيمته، ويكون خمسة أسداس الإبريق له بالضمان وسدسه يفرز، حتى ^{أي سلس المنكسر} ^{أي المنكسر} ^{أي يقطع} لا يبقى الرهن شائعاً، ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهناً، فعنده: ^{أبي يوسف} تعتبر الجودة والرداءة، وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأنه وزنه اثنا عشر؛ وهذا لأن ^{بالجودة} ^{اعتبار الجودة} الجودة متقومة في ذاتها، حتى تعتبر عند المقابلة، بخلاف جنسها،

وإن كان إلخ: يعني إن كان بعض الرهن مضموناً لا الزائد عليه، وهو فيما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين، فحينئذ ينقسم الجودة على المضمون والأمانة، فما كان بمقابلة المضمون يكون مضموناً، وما كان بمقابلة الأمانة يكون أمانة، وفي مسألتنا: كان كله مضموناً؛ لأن وزن الرهن مثل وزن الدين، فكان كله مضموناً؛ لئلا يكون حكم التابع مخالفاً لحكم الأصل. (النهاية) فبعضه: أي بعضه مضمون، وهو مقدار الدين لا الزائد عليه. [البنية ٦١٥/١١] استحال [لأن التابع لا يخالف الأصل] إلخ: والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك: أن حالة الهلاك حالة استيفاء، فيقع الفضل أمانة، وهذه الحالة ليست كذلك عنده، بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن، فيكون مضموناً بالقيمة كالمغصوب، لكن بخلاف جنسه. [العناية ٩٦/٩] يضمن إلخ: يصير خمسة أسداس الإبريق مضموناً لجودته وصنعتة، وسدسه أمانة، فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر، وفيما هو مضمون يعتبر، وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضاً، فيضمن قيمته خمسة الأسداس من خلاف جنسه. [العناية ٩٧/٩] حتى لا يبقى [فإن الطاريء منه كالمقارن كما تقدم] إلخ: لأن الشيوع الطاريء في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن؛ لما مر، وعن أبي يوسف رحمته أن الشيوع الطاريء لا يمنع، فلا يحتاج إلى التمييز. [الكفاية ٩٧/٩]

لأن الجودة: فالجودة والصناعة كعين مال قائم. في ذاتها: فإنه عبارة عن كمال المالية. وفي بيان قول محمد رحمته إلخ: وهو أن عند محمد رحمته إن انتقص بالانكسار درهم أو درهمان يجبر الراهن على الفكاك بقضاء الدين، وإن انتقص أكثر من ذلك يخير الراهن فإن شاء جعله للمرقن بدينه وإن شاء استرده بقضاء جميع الدين؛ لأن من أصله الضمان في الوزن والأمانة في الجودة إلخ. [الكفاية ٩٧/٩]

وفي تصرف المريض، وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعاً، فأمكن اعتبارها، وفي بيان قول محمد رحمته الله نوع طول يعوف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها، قال: ومن باع عبداً على أن يرهنه المشتري شيئاً بعينه: جاز استحساناً، والقياس: أن لا يجوز، وعلى هذا القياس والاستحسان: إذا باع شيئاً على أن يعطيه كفيلاً معيناً حاضراً في المجلس فقبل، وجه القياس: أنه صفقة في ^{المشتري} ^{بالثمن} وهو منهى عنه،* ولأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما، ومثله يفسد البيع. وجه الاستحسان: أنه شرط ملائم للعقد؛ لأن الكفالة والرهن للاستيثاق، وأنه يلائم الوجوب، فإذا كان الكفيل حاضراً في المجلس والرهن معيناً اعتبرنا فيه المعنى، وهو ملائم، فصَحَّ العقد، وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معيناً، أو كان الكفيل غائباً حتى افترقا: لم يَتَّقَ معنى الكفالة، والرهن ^{المرهون} للجهالة،

وفي تصرف المريض: فإنه لو باع مائة من الجيد بمائة من الرديء الذي قيمته خمسون لا يعتبر من جميع المال، بل من الثلث، ولو لم يكن للجودة اعتبار لاعتبر من الجميع كما في البيع الخالي من المحاباة. (الكفاية) بجنسها سمعاً: أي من حيث السماع من الشارع، وهو قوله: جيدها ورديئها سواء. [البنية ٦١٥/١١]

جاز استحساناً: ولو لم يكن معيناً كان العقد فاسداً قياساً واستحساناً. (الكفاية) لا يقتضيه إلخ: لأن ما يقتضيه العقد يجب بالعقد دون الشرط، كتسليم المبيع على البائع، أو تسليم الثمن على المشتري. (الكفاية) لأن الكفالة إلخ: أي لأن المقصود بالكفالة والرهن التوثيق بالثمن، فاشتراطها في معنى اشتراط زيادة وصف الجودة في الثمن. [الكفاية ٩٨/٩]

للجهالة: يعني أن جواز العقد استحساناً مع وجود الشرط إنما كان بالنظر إلى معناه، وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائباً فات معناه، وهو الاستيثاق لأن المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه أو يعطي كفيلاً إلخ. [العناية ٩٨/٩]

* يشير إلى حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ "نهى عن صفقتين في صفقة" أخرجه أحمد، وقد تقدم في باب البيع الفاسد. [نصب الراية ٣٢٣/٤]

فبقي الاعتبار لعينه فيفسد، ولو كان غائباً فحضر في المجلس وقبل: صح. ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن: لم يُجبر عليه، وقال زفر رحمته الله: يجبر؛ لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقاً من حقوقه، كالوكالة المشروطة في الرهن، فيلزمه بلزومه، ونحن نقول: الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه، ولا جبر على التبرعات، ولكن البائع بالخيار، إن شاء رضي بترك الرهن، وإن شاء فسخ البيع؛ لأنه وصف مرغوب فيه، وما رضي إلا به، فيتخير بفواته، إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً؛ لحصول المقصود، أو يدفع قيمة الرهن رهناً؛ لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى، وهو القيمة. قال: ومن اشترى ثوباً بدراهم، فقال للبائع: أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن، فالثوب رهن؛ لأنه أتى بما ينبيء عن معنى الرهن، وهو الحبس إلى وقت الإعطاء،

الاعتبار لعينه: أي لعين الشرط؛ لأنه لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة؛ لأنه لما كان مجهولاً يكون المشتري بسبيل من أن يرهن شيئاً يساوي عشر حقه، أو يعطى كفيلاً غير مليء، وليس فيه من التوثيق شيء، فبقيت العبرة لعينه، وأنه إدخال صفقة في صفقة، فيفسد به العقد. (الكفاية ٩٨/٩) حقوقه: أي الرهن ثبت في ضمن عقد لازم، وهو البيع، فيصير الوفاء به مستحقاً. [الكفاية ٩٨/٩]

كالوكالة المشروطة: أي كما إذا وكل الراهن العدل أو المرهن ببيع المرهون عند حلول الدين، فالوكالة لازمة، ولا يملك الراهن عزله عنها. (الكفاية) على التبرعات: وإنما صار حقاً من حقوقه إذا وجد، ولم يوجد بعد، والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن، ولو رهنه لا يلزم ما لم يسلم، فلأن لا يعتبر لازماً بالوعد أولى. [الكفاية ٩٨/٩] لحصول المقصود: وهو حضور الثمرة. أو يدفع إلخ: وفي بعض الفوائد: المراد بالقيمة: الدراهم والدنانير؛ لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه، وكألفا هو، وأما إذا أراد أن يرهن مكانه عيناً آخر، فحينئذ يحتاج إلى رضا المرهن. [الكفاية ٩٨/٩]

هذا الثوب: لا تفاوت بين أن يشير بقوله: إلى ثوب آخر، أو ثوب اشتراه وقبضه؛ لأن الثوب لما اشتراه وقبضه كان هو، وسائر الأعيان المملوكة سواء في صحة الرهن. [الكفاية ٩٩/٩]

والعبرة في العقود للمعاني، حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة، والحوالة في ضد ذلك كفالة، وقال زفر رحمته: لا يكون رهناً، ومثله عن أبي يوسف رحمته؛ لأن قوله: أمسك يحتمل الرهن، ويحتمل الإيداع، والثاني أقلهما، فيقضى بثبوته، بخلاف ما إذا قال: أمسكه بدَيْنِكَ، أو بمالك؛ لأنه لما قابله بالدين، فقد عيَّن جهة الرهن، قلنا: لما مدّه إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن.

فصل

ومن رهن عيدين بألف، فقضى حصّة أحدهما: لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين، وحصّة كل واحد منهما ما يخصّه إذا قُسم الدين على قيمتهما؛ وهذا لأن الرهن محبوسٌ بكل الدين، هذا قول صاحب الهداية فيكون محبوساً بكل جزء من أجزائه الدين مبالغةً في حمله على قضاء الدين، الراهن

ذلك كفالة: أي الحوالة بشرط مطالبة الأصل كفالة. (الكفاية) إذا قال: حيث يكون رهناً بالإجماع. لما مدّه: أي مد إمساك الثوب إلى وقت إعطاء الثمن علم أن مراده الرهن؛ لأنه حكم الرهن هو الحبس الدائم إلى وقت الفكاك، فإذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن؛ وذلك لأن التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه، فكأنه قيل: رهنتك بالثمن، ألا ترى أنه لو قال: ملكتك هذا الثوب بعشرة كان هذا وقوله: بعتك بالعشرة سواء. [الكفاية ٩/٩٩] فصل: أي هذا فصل في بيان رهن الواحد شرع في بيان الرهن أو الراهن أو المرهن إذا كانا اثنين؛ لأن الواحد قبل الاثنين. [البنية ١١/٦٢٣]

ومن رهن إلخ: هذا لفظ القدوري في "مختصره". [البنية ١١/٦٢٣] مبالغة في حمله: لأن قصد المرهن إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين، فلو تفرد الراهن بالتفريق يأخذ ما يحتاج إليه، ويتكاسل في قضاء الباقي، فلا يحصل المقصود. [الكفاية ٩/٩٩]

وصار كالمبيع في يد البائع، فإن سُمِّي لكل واحد من أعيان الرهن شيئاً من المال الذي رهنه به، فكذا الجواب في رواية الأصل، وفي "الزيادات": له أن يقبضه إذا أدى ما سُمِّي له. وجه الأول: أن العقد متحد لا يتفرق بتفرُّق التسمية كما في المبيع، وجه الثاني: أنه لا حاجة إلى الاتحاد؛ لأن أحد العقدين لا يصير مشروطاً في الآخر، ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز. قال: فإن رهن عيناً واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه: جاز، وجميعها رهن عند كل واحد منهما؛ لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة،

وصار كالمبيع: في أن المشتري إذا أدى حصة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن. [العناية ٩٩/٩] فإن سُمِّي إلخ: بأن قال: رهنتك هذين العبدین، وكل واحد منهما بخمسمائة وسلمهما إليه، ثم نقد بخمسمائة، وقال: أدیت عن هذا العبد، وأراد أن يأخذ ذلك العبد، فكذا الجواب في رواية "الأصل"، أي لم يكن له ذلك. [الكفاية ٩٩/٩] العقد متحد: يعني أنه عقد واحد، وليس بعقدين؛ لاتحاد الإيجاب والقبول حيث قال: رهنتك هذين العبدین بألف، والتفصيل لا يجعله في لمعنى العقدين؛ لاتحاد العقد. [البناءة ٦٢٤/١١] لا حاجة إلخ: يعني أن البيع لا يتفرق بتفريق التسمية عند اتحاد العاقدين، والرهن يتفرق، ولهذا لو قبل المشتري البيع في أحدهما دون الآخر لا يصح، ولو قبل المرهن العقد في أحدهما عند تفرق التسمية صح، وإنما افترقا؛ لأن ضم الرديء إلى الجيد متعارف في البيع، فلو تفرق البيع بتفرقه التسمية صح، وكان للمشتري أن يقبل في أحدهما، فيقبل الجيد، فيتضرر به البائع، ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لا يتضرر به الراهن؛ لأن الحكم لا يتفاوت في ذلك؛ إذ هو مضمون بما قاله من الدين سواء كان وحده أو مع غيره، ولأنه في البيع إذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطاً في الأولى، وهو شرط فاسد، والبيع يفسد به، أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد؛ لأنه تبرع كالهبة. [الكفاية ١٠١/٩] ألا يرى إلخ: توضيح لذلك، فإنه لما تمكن المرهن من تفريق القبول في الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء. [العناية ١٠٠/٩]

ولا شيوع فيه، وموجبه صيرورته محتبساً بالدين، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزّي
فصار محبوساً بكل واحد منها، وهذا بخلاف الهبة من رجلين، حيث لا تجوز عند
أبي حنيفة رحمته الله فإن قهاياً: فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر، قال:
والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين؛ لأن عند الهلاك يصير كل واحد
منهما مستوفياً حصته؛ إذ الاستيفاء مما يتجزأ. قال: فإن أعطى أحدهما دينه: كان كله
رهناً في يد الآخر؛ لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرّق، وعلى
هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن.

ولا شيوع فيه: أي في المرهون بسبب عدد المستحقين كقصاص يجب لجماعة على شخص، فإنه لا يتمكن
الشيوع في المحل باعتبار عدد المستحقين. [البنية ٦٢٥/١١] فصار إلخ: أي فصار محبوساً بدين كل واحد
منهما، وكان استحقاق الحبس لهما استحقاقاً واحداً من غير انقسام بينهما. [الكفاية ١٠٢/٩]
وهذا بخلاف الهبة: لأن موجب الهبة ثبوت الملك، والشئ الواحد يستحيل أن يكون كله مملوكاً لرجلين
لكل واحد منهما على الكمال في زمان واحد، فدخل فيه الشيوع ضرورة، فأما حكم الرهن: هو الحبس،
والعين الواحدة يجوز أن تكون محبوسة بحق كل واحد منهما على الكمال؛ إذ لا تضايق في استحقاق
الحبس لهما استحقاقاً واحداً من غير انقسام. [الكفاية ١٠٢/٩] عند أبي حنيفة رحمته الله: لأن المقصود بالهبة:
الملك، ويستحيل أن يكون جميع العين ملكاً لهذا. [البنية ٦٢٥/١١]

كالعدل: وفائدة كونه كالعدل في حق الآخر: أن يكون الرهن في ضمان كل واحد منهما حتى لو هلك
عند أحدهما يكون المضمون على كل واحد منهما نصيبه. [البنية ٦٢٥/١١]

كله رهناً إلخ: قال في الشامل: ولو قضى دين أحدهما ليس له أخذ شيء منه؛ لما عرف أنه رهن عند كل
واحد بتمامه، فإن هلك بعد ما قضى دينه يسترد ما أعطاه، كما لو كان واحداً. حبس المبيع: إذا اشترى
رجلان من رجل، فأدى أحدهما حصته لم يكن له أن يقبض شيئاً، فكان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي
ما على الآخر. [الكفاية ١٠٣/٩]

قال: وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلاً رهناً واحداً: فهو جائز، والرهن رهن بكل الدين، وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي في جميع الدين؛ لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوخ. فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده، وقبضه: فهو باطل؛ لأن كل واحد منهما أثبت بيئته أنه رهنه كل العبد، ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل؛ لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهناً لهذا، وكله رهناً لذلك في حالة واحدة، ولا وجه إلى القضاء بكله لواحد بعينه؛ لعدم الأولوية، ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف؛ لأنه يؤدي إلى الشيوخ، فتعذر العمل بهما، وتعين التهاثر، ولا يقال: إنه يكون رهناً لهما كأنهما ارتقناه معاً؛ إذ جهل التاريخ بينهما. وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان؛ لأننا نقول: هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة؛ لأن كلا منهما أثبت بيئته حبساً يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء،

بدين عليهما: في صفقة واحدة، أو كان على كل واحد منهما دين على حدة. فإن أقام [هذه مسألة] الجامع الصغير [إلخ: صورة المسألة رجل في يده عبد، فأدعاه رجلان كل واحد منهما يقول لذي اليد: قد رهنتي بألف درهم، وقبضته منك، ثم أخذت مني بطريق العارية، أو الغصب، وأقاما البينة على ما ادعيا، فهو باطل. [الكفاية ١٠٣/٩] الذي في يده: وجملته الوجوه: أن العبد إما أن يكون في أيديهما، أو لا في يد واحد، أو في يد أحدهما، فإن كان في يد أحدهما، فهو أولى به؛ لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء، وقد تقدم، إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الأول، فإنه صريح في السبق، وهو يفوق الدلالة، فإن لم يكن في يد واحد منهما، فهو المذكور في الكتاب أولاً، وكلامه فيه واضح، وإن كان في أيديهما، فإن علم الأول منهما، فهو أولى، وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر. [نتائج الأفكار ١٠٢/٩]

التهاتر: أي تهاتر البيتين أي تساقطهما، فالحكم لعدم الترجيع. (البنية) وجعل إلخ: أي جعل محمد في كتاب الشهادات من "المبسوط" هذا الذي ذكره من قوله: لا يقال إلى أن وجه الاستحسان في الجواز. [البنية ٦٢٨/١١]

وبهذا القضاء يثبت حبسٌ يكون وسيلة إلى شطره في الاستيفاء، وليس هذا عملاً على وفق الحجة، وما ذكرناه وإن كان قياساً، لكن محمداً رحمه الله أخذ به لقوته، وإذا وقع باطلاً، فلو هلك يهلك أمانة؛ لأن الباطل لا حكم له. قال: ولو مات الراهن والعبد في أيديهما، في الأصل الرهن المذكور فأقام كل واحد منهما البيّنة على ما وصفنا: كان في يد كل واحد منهما نصفه رهناً يسبّعه بحقه استحساناً، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما، وفي القياس: هذا باطل، وهو قول أبي يوسف رحمهما؛ لأن الحبس للاستيفاء حكمٌ أصلي لعقد الرهن، فيكون القضاء به بالحبس للاستيفاء قضاءً بعقد الرهن، وأنه باطلٌ للشيوع كما في حالة الحياة، وجه الاستحسان: أن العقد لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه، وحكمه في حالة الحياة الحبس، والشيوع يضره، وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدّين، والشيوع لا يضره، وصار كما إذا ادّعى الرجلان

وبهذا القضاء إلخ: أي ولو جعلناه كالرهن من اثنين، فقضينا لكل واحد بحبس هو طريق إلى شطره من الاستيفاء، والحكم بخلاف الحجة باطل. (الكفاية) لقوته: وجه الاستحسان ضعيف؛ لأن ذلك عمل على خلاف ما قامت به البيّنة. [الكفاية ١٠٣/٩] ما وصفنا: أي على أن كل منهما ارقنه. [البنية ٦٢٩/١١] أن العقد إلخ: يعني أن المقصود بعد موت الراهن إثبات الاختصاص، وهو كونه أحق به من سائر الغرماء دون الحبس، وكل واحد منهما أثبت لنفسه الاختصاص بالعين، حتى يباع له في دينه، وهذا مما يحتمل الشركة، فيقضى لكل واحد منهما بالنصف، فأما في حالة الحياة، فالمقصود هو الحبس، وهذا مما لا يحتمل الشركة في العين؛ إذ الشائع لا يدوم حبسه. [الكفاية ١٠٤/٩]

إذا ادّعى الرجلان إلخ: لو ادّعى رجلان نكاح امرأة بعد موتها وأقام كل واحد منهما البيّنة يقضى لكل واحد منهما بنصف ميراث الزوج، بخلاف حال الحياة، وكذا لو ادّعت أختان نكاح رجل بعد موته وأقامتا البيّنة يقضى لكل واحدة منهما بالمهر وبنصف ميراث النساء، بخلاف حالة الحياة؛ لأن الميراث هو المقصود بعد الموت وهو مال يحتمل الشيوع والشركة، بخلاف حالة الحياة؛ لأن المقصود ثم الحل، وهو لا يقبل الاشتراك. [الكفاية ١٠٤/٩]

نكاح امرأة، أو ادعت أختان النكاح على رجل، وأقاموا البينة: ^{البينات} تهاوتت في حالة الحياة،
ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات؛ ^{الممات} لأنه يقبل الانقسام، والله أعلم.

ويقضى: لكل واحد من الرجلين بنصف ميراث الزوج، ولكل واحد من الأختين بنصف ميراث النساء.

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال: وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل: جاز، وقال مالك لا يجوز،
ذكر قوله في بعض النسخ؛ لأن يد العدل يد المالك، ولهذا يرجع العدل عليه عند
الاستحقاق، فأنعدم القبض. ولنا: أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ؛ إذ العين
أمانة، وفي حق المالية يد المرتهن؛ لأن يده يد ضمان، والمضمون هو المالية، فنزل
منزلة الشخصين تحقيقاً لما قصداه من الرهن، وإنما يرجع العدل على المالك في
الاستحقاق؛ لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع.
المالك

باب الرهن إلخ: لما ذكر حكم الرهن إذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه إذا كان في يد العدل، وهو
الذي أمن الراهن والمرتهن أن يكون الرهن في يده؛ لأنه نائب عن المرتهن، والنائب يقوم مقام المنوب
لا محالة. (البنية) العدل: قال الحاكم الشهيد في "الكافي": ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه؛ لأنه مأمور
بالحفظ فحسب. [نتائج الأفكار ١٠٥/٩] في بعض النسخ: إشارة إلى أن في بعضها ليس كذلك، فإنه
ذكر في "المبسوط"، و"شرح الأقطع" ابن أبي ليلى بدل مالك. [البنية ٣/١٢]

يرجع العدل إلخ: يعني إذا هلك الرهن في يد العدل، ثم استحق وضمن العدل قيمته، ويرجع على الراهن بما
ضمن، ولو لم تكن يده يد الراهن لما يرجع. (العناية) عليه: أي على الراهن عند الاستحقاق. [العناية ١٠٤/٩]
أن يده إلخ: يعني أن قبض العدل كقبض المرتهن، فيتم به الرهن؛ وهذا لأن اليد في باب الرهن على
الصورة أمانة، وعلى المعنى مضمونة، فكانت يده على الصورة يد المالك في الحفظ، وعلى المعنى وهو المالية
يد المرتهن. [الكفاية ١٠٤/٩] يد ضمان: إذا الاستيفاء يكون منها. [البنية ٤/١٢]

نائب عنه إلخ: أي العدل في حق العين نائب عن الراهن، وفي حق المالية نائب عن المرتهن، فكانت العبرة لنقل
العين؛ لأن العين هو الأصل، فلذلك رجع بضمان الاستحقاق على الراهن دون المرتهن. [الكفاية ١٠٥/٩]
كالمودع: إذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق، فإنه يرجع على المودع؛ لأن يده يد مودعه. (العناية)

قال: وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه؛ لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده ^{الرهن} وأمانته، وتعلق حق المرتهن به استيفاء، فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر، فلو هلك في يده: هلك في ضمان المرتهن؛ لأن يده في حق المالية يدُ المرتهن، وهي المضمونة. ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن: ضمن؛ لأنه مودع الراهن في حق العين، وهذه من مسائل الأصل ^{بالقيمة} ومودع المرتهن في حق المالية، وأحدهما أجني عن الآخر، والمودع يضمن بالدفع إلى الأجني. وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما، وقد استهلكه ^{الراهن والمرتهن الواو حالية} المدفوع إليه، أو هلك في يده: لا يقدر أن يجعل القيمة رهناً في يده؛ لأنه يصير ^{الراهن أو المرتهن} قاضياً ومقتضياً، وبينهما تنافٍ، لكن يتفقان على أن يأخذاها منه، ويجعلها رهناً ^{القيمة} عنده، أو عند غيره، وإن تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي؛ ليفعل كذلك، ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين، وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن: ^{أي القاضي} فالقيمة سالمة له؛ لوصول المرهون إلى الراهن، ووصول الدين إلى المرتهن، ولا يجتمع ^{القاضي} البذل والمُبدل في ملك واحد.

وهي المضمونة: أي يد المرتهن في حق المالية مضمون بالأقل من قيمة الرهن، ومن الدين. [البنية ٥/١٣] يصير قاضياً: أي لأن القيمة وجبت ديناً في ذمته، ولو جعلها رهناً في يده صار الواحد قاضياً ومقتضياً ما عليه، وبينهما تناف. [الكفاية ١٠٥/٩] يرفع أحدهما: أي يرفع الأمر إلى القاضي أحد هذين المذكورين، وهما الراهن والمرتهن هكذا قاله الكاكي وغيره. [البنية ٥/١٣] كذلك: أي يأخذ القيمة الواجبة على العدل بالضمان منه، ثم يصير رهناً عنده. (البنية) ولا يجتمع البذل: فلو أخذا أحدهما اجتماع البذل والمبدل في ملك شخص واحد، فإن القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن، وبدله من حيث المالية في حق المرتهن. [العناية ١٠٦/٩]

وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن: فالرهن يأخذ القيمة منه؛ لأن العين لو كانت ^{العدل القيمة بدفع المرهون} قائمة في يده يأخذها إذا أدى الدين، فكذلك يأخذ ما قام مقامها، ولا جمع فيه ^{الرهن} بين البديل والمبدل. قال: وإذا وكلّ الرهن المرتهن، أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن ^{القدوري} عند حلول الدين: فالوكالة جائزة؛ لأنه توكيل ببيع ماله. وإن شرطت في عقد ^{الوكالة} الرهن: فليس للرهن أن يعزل الوكيل، وإن عزله لم ينعزل؛ لأنها لما شرطت في ^{الوكالة} ضمن عقد الرهن صار وصفاً من أوصافه، وحقاً من حقوقه، ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة، فيلزم بلزوم أصله، ولأنه تعلق به حق المرتهن، وفي العزل إتواء حقه، وصار ^{عقد الوكالة هو الرهن} كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي.

يأخذ إلخ: وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن بنظر إن كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة، وهلك في يد المرتهن لا يرجع، وإن استهلك يرجع عليه؛ لأن العدل بأداء الضمان ملكه، وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه، فإن هلك في يده لم يضمن، وإن استهلكه ضمن، وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهناً، بأن قال: هذا رهنك خذه بحقك، وأحبسه بدينك: رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن، أو هلك عنده؛ لأنه دفع إليه على وجه الضمان. [العناية ١٠٦/٩]

ولا جمع فيه إلخ: تحرراً عن المسألة الأولى، وهي ما لو ضمن العدل القيمة بسبب دفع الرهن إلى الرهن، وهناك لو قضى الرهن دينه إلى المرتهن، ثم أراد أخذ القيمة من العدل كان جامعاً بين البديل والمبدل؛ لأنه وصل إليه عين حقه، وهو الرهن أولاً، ثم لو أخذ منه قيمته كان جامعاً بين البديل والمبدل، فلذلك لا يأخذ القيمة هناك، وأما ههنا فلا جمع بينهما. (الكفاية) لأنه توكيل: وهذا لأن الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء، وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء أوثق، فكان بالجواز أحق. [الكفاية ١٠٦/٩]

يعزل الوكيل: وعند الشافعي ينعزل، وبه قال أحمد. (البنية) لزيادة الوثيقة: أي التوكيل لزيادة الوثيقة، والرهن وثيقة، فيكون التوكيل وصفاً من أوصاف الرهن، فيلزم بلزوم الرهن. (الكفاية) كالوكيل بالخصومة إلخ: أي إذا وكل المدعي عليه بالخصومة بطلب المدعي لا يملك عزله بغير محضر من الخصم؛ لأنه تعلق به حق المدعي. [الكفاية ١٠٦/٩]

ولو وكله بالبيع مطلقاً، حتى ملك البيع بالنقد والتسيئة، ثم نهاده عن البيع نسيئة: ^{الراهن}
 لم يعمل فيه؛ لأنه لازم بأصله، فكذا بوصفه؛ لما ذكرنا، وكذا إذا عزل ^{الوكيل} المرتهن: ^{وهو الرهن وهو الإطلاق}
 لا ينعزل؛ لأنه لم يؤكله، وإنما وكله غيره. وإن مات الراهن: ^{راهن} لم ينعزل؛ لأن الرهن
 لا يبطل بموته، ولأنه لو بطل إنما يبطل ^{الراهن} لحق الورثة، وحق المرتهن ^{على حق الورثة} مقدم. قال: وللوكيل أن
 يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه، وإن مات المرتهن: ^{ورثة الراهن وهو الرهن}
 فالوكيل على وكالته؛ لأن العقد لا يبطل بموتهما، ولا بموت أحدهما، فيبقى ^{العقد} بحقوقه
 وأوصافه. وإن مات الوكيل: انتقضت الوكالة، ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه؛
 لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث، ولأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره. وعن
 أبي يوسف ^{رحمته}: أن وصي الوكيل يملك بيعه؛ لأن الوكالة لازمة، فيملكه الوصي
 في رواية الحسن بن مالك
 كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعياناً: يملك وصي المضارب بيعها؛

ولو وكله: أي ولو وكل الراهن العدل ببيع الرهن مطلقاً بغير قيد شيء. (البنية) لأنه لازم إلخ: أي لأن
 عقد الوكالة صار لازماً بلزوم أصله؛ لكونه مشروطاً في عقد الرهن، فلزم أصله، فكذا لزوم وصفه،
 وهو الإطلاق حيث لم يتقيد بالنقد بالنهي عن النسيئة. لما ذكرنا: أنه صار حقاً من حقوقه. (البنية)
 لحق الورثة: كما في سائر الوكالات، ويبطل بموت الموكل حيث يتقل الملك إلى الورثة. [البنية ٧/١٢]
 فيبقى بحقوقه إلخ: الحقوق: الحبس والاستيفاء والوكالة، والأوصاف اللزوم، وجبر الوكيل، وحق بيع ولد
 الراهن، وحق صرف الدراهم بالدنانير. [الكفاية ١٠٦/٩] انتقضت الوكالة: يعني والرهن باق كما كان؛
 لأن الرهن لو كان في يد المرتهن، فمات لم يبطل العقد به، فلأن لا يبطل بموت العدل أولى. [العناية ١٠٧/٩]
 يملك بيعه: أي بيع الرهن عند حلول الدين. (البنية) الوكالة لازمة: لأن هذا حق واجب، ولو أراد
 الراهن أن يجوز عليه لم يكن له ذلك. [البنية ٨/١٢]

لما أنه لازم بعد ما صار أعياناً. قلنا: التوكيل حق لازم لكن عليه، والإرث يجري ^{عقد المضاربة} فيما له، بخلاف المضاربة؛ لأنها ^{رأس المال} حق المضارب. وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضا الراهن؛ لأنه ملكه، وما رضي ببيعه، وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا ^{الرهن} المرتهن؛ لأن المرتهن أحق بمالته من الراهن، فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع. قال: فإن حل الأجل، وأبى ^{الرهن} الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه، والراهن غائب: أُجبر ^{الرهن} على بيعه؛ لما ذكرنا من الوجهين في لزومه، وكذلك الرجل يؤكل ^{الرهن} غيره بالخصومة وغاب الموكل، فأبى أن يخاصم: أُجبر على الخصومة؛ للوجه الثاني، وهو أن فيه إتواء الحق، بخلاف ^{الوكيل} الوكيل بالبيع؛ لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه. أمّا المدعي لا يقدر على الدعوى، والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه، فلو لم يكن التوكيل مشروطاً في عقد الرهن،

فيما له: أي لا فيما عليه، ألا ترى أن الميت إذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه، وإن كان له دين على غيره ورثوه. [العناية ١٠٧/٩] على بيعه: وكيفية الإيجاب: أن يحبس القاضي أياماً لبيع، فإن لم يبع بعد الحبس أياماً، فالقاضي يبيع عليه، وهذا على أصلهما ظاهر، وأما على أصل أبي حنيفة رحمته الله فكَذلك عند البعض؛ لأنه تعين جهة البيع لقضاء الدين هنا، وقيل: لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين، ولا يفسد البيع بهذا الإيجاب؛ لأنه إيجاب بحق، فصار كالاختيار. [الكفاية ١٠٧/٩] من الوجهين: أحدهما: أنه لما شرط في عقد الرهن صار وصفاً من أوصافه. والثاني: أنه تعلق به حق المرتهن، وفي العزل إتواء حقه، لا يقال: بأنه لا يستقيم الاستدلال على الوجه الأول، فإنه لا يلزم من كون الوكالة وصفاً من أوصاف الرهن، وكونها لازمة أن يكون الجبر مستحقاً عليه؛ لأنه لا تأثير له فيه؛ لأننا نقول: إنما يثبت وصف اللزوم في الوكالة حقاً للمرتهن، فلو لم يجبر على البيع لم تتحقق فائدة اللزوم. [الكفاية ١٠٧/٩] الوكيل بالبيع: حيث لا يجبر بالبيع إذا امتنع. [البنية ٩/١٢]

وإنما شرط بعده قيل: لا يجبر؛ اعتباراً للوجه الأول، وقيل: يجبر رجوعاً إلى الوجه الثاني، وهذا أصح، وعن أبي يوسف رحمته الله: أن الجواب في الفصلين واحد، ويؤيده إطلاق الجواب في "الجامع الصغير"، وفي "الأصل" ^{المبسوط}. وإذا باع العدل الرهن، فقد خرج من الرهن، والتمن قائم مقامه، فكان رهناً، وإن لم يقبض بعد؛ لقيامه مقام ما كان مقبوضاً، وإذا توي كان مال المرهن لبقاء عقد الرهن في الثمن؛ لقيامه مقام المبيع المرهون. وكذلك إذا قتل العبد الرهن، وغرم القاتل قيمته؛ لأن المالك يستحقه ^{هنا الضمان} من حيث المالية، وإن كان بدل الدم، ^{أي المرهون} هذا الضمان

لا يجبر إلخ: ذكر في "المبسوط" هو ظاهر الرواية؛ لأن الوكالة إنما تلزم بسراية اللزوم من الرهن إليها، فإذا ثبت قصدًا يعطى له حكم نفسه، وهي في نفسها إعانة، والمعين لا يجبر على الإعانة، وقيل: يجبر رجوعاً إلى الوجه الثاني، وهو تعلق حق المرهن، وهذا أصح، وعند أبي يوسف رحمته الله أن الجواب في الفصلين واحد، أي في المشروط في عقد الرهن، وفي المستأنف بعد عقد الرهن، يعني يجبر فيهما. [الكفاية ١٠٨/٩] في الفصلين: أي فيما كان مشروطاً في الرهن، وفيما لا يكون أي يجبر فيهما. [البناءة ٩/١٢] في "الجامع الصغير" إلخ: حيث قال فيه: إذا أتى الوكيل يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطاً في العقد أو لم يكن، وكذا ذكر في "الأصل" مطلقاً. [العناية ١٠٧/٩] من الراهن: لأنه صار ملكاً للمشتري، لا يكون رهناً. ما كان مقبوضاً: فزوال القبض لا يخرج من أن يكون رهناً، كما لو استعار الراهن الرهن. وإن كان إلخ: جواب إشكال مقدر، وهو أن يقال: بأن قيمة العبد ضمان الدم، بدليل أنه ينقص منه عن دية الحر، فإذا كان ضمان الدم، والدم ليس بمملوك له، ولا يصح رهنه، فكذلك بدله، واستحقاق المالك إياه لا يدل على أنه ضمان المال كالدية، فالجواب أنه وإن كان بدل الدم، فإن المالك يستحقه باعتبار أنه ضمان ماليته، فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق، وهو المولى، بخلاف الدية؛ لأن الضمان فيه لا يستحق باعتبار المالية؛ إذ ليس فيه ثبوت المالية، وهنا المالية متحققة، وهي حق المالك، فبالقتل يتلف حقه، فأخذ بهذا الاعتبار حكم ضمان المال، وإن كان بدل الدم. [الكفاية ١٠٨/٩]

فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق، فبقي عقد الرهن، وكذلك لو قتله عبدٌ ^{هذا الضمان} فدفع به؛ لأنه قائم مقام الأول لحماً ودماً. قال: وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن، ثم استحق الرهن، فضمنه العدل: كان بالخيار، إن شاء ضمن الراهن قيمته، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه، وليس له أن يضمّنه غيره، وكشف هذا: أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكاً أو قائماً، ففي الوجه الأول: المستحق بالخيار، إن شاء ضمن الراهن قيمته؛ لأنه غاصب في حقه، وإن شاء ضمن العدل؛ لأنه متعدّد في حقه بالمبيع والتسليم. فإن ضمن الراهن: نفذ البيع، وصحّ ^{العدل} الاقتضاء؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فتبيّن أنه أمره ببيع ملك نفسه، وإن ضمن ^{الراهن} البائع: ينفذ البيع أيضاً؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه باع ملك نفسه، وإذا ^{أي العدل} ضمن العدل، فالعدل بالخيار: إن شاء رجع على الراهن بالقيمة؛ لأنه وكيل من جهته عامل له، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة، ونفذ البيع، وصحّ ^{الراهن} الاقتضاء، فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن؛ لأنه تبين أنه ^{أي بيع} أخذ الثمن بغير حق؛ لأنه ملك العبد بأداء الضمان، ونفذ بيعه عليه، فصار الثمن له، وإنما أدّاه إليه على حسبّان أنه ملك الراهن، فإذا تبين أنه ملكه، لم يكن راضياً به، ^{الثمن المرتهن}

قال: أي محمد رحمته في "الجامع الصغير". (البنية) وليس له: أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أعطاه. (البنية) الوجه الأول: أي فيما إذا كان المرهون المبيع هالكاً. (البنية) وصحّ الاقتضاء: أي صحّ قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه. [البنية ١٣/١١] وصحّ الاقتضاء: أي استيفاء المرتهن الثمن بدينه. أنه ملكه: أي ملك العدل لم يكن راضياً، أي لم يكن العدل راضياً بأداء الثمن إلى المرتهن. [الكفاية ١٠٨/٩]

فله أن يرجع به عليه، وإذا رجع بطل الاقتضاء، فيرجع المرتهن على الراهن بدينه.
 وفي الوجه الثاني - وهو أن يكون قائماً في يد المشتري - فللمستحق أن يأخذه من
 يده؛ لأنه وجد عين ماله، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن؛ لأنه العاقد،
 فتعلق به حقوق العقد، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع، وإنما أداه ليسلم له
 المبيع ولم يسلم، ثم العدل بالخيار: إن شاء رجع على الراهن بالقيمة؛ لأنه هو الذي
 أدخله في العهدة، فيجب عليه تخليصه، وإذا رجع عليه: صح قبض المرتهن؛ لأن
 المقبوض سلم له، وإن شاء رجع على المرتهن؛ لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن، وقد
 قبضه ثمناً، فيجب نقض قبضه ضرورة، وإذا رجع عليه وانتقض قبضه: عاد حقه في
 الدين كما كان، فيرجع به على الراهن، ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن:
 لم يرجع على العدل؛ لأنه في البيع عامل للراهن، وإنما يرجع عليه إذا قبض، ولم يقبض
 فبقي الضمان على الموكل، وإن كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في
 العقد، فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن، قبض الثمن المرتهن أم لا؛

يرجع: أي فللعدل أن يرجع بالثمن الذي أداه إلى الراهن على المرتهن. (البنية) بطل الاقتضاء: أي بطل
 قبض المرتهن. [البنية ١١/١٣] وإنما أداه إلخ: أي إنما أدى المشتري الثمن إلى العدل ليسلم للمشتري المبيع
 ولم يسلم. [العناية ١٠٨/٩] هو الذي إلخ: أي لأن الراهن هو الذي أدخله في يده الورطة، فإذا ضمن
 بفعل باشره لأجله، كان له أن يرجع عليه بما ضمن. لأن المقبوض إلخ: أي لأن الثمن المقبوض من العدل
 سلم للمرتهن. (البنية) رجع: أي بالثمن الذي أداه إليه. [البنية ١٢/١٣]
 على الموكل: والمراد بالموكل: المرتهن، وسماه موكلاً؛ لأن البيع وقع لأجله، وبالضمان الثمن، أو بالموكل
 الراهن وبالضمان الدين. [الكفاية ١٠٩/٩]

لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن، فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل، ودفع الثمن إلى من أمره الموكَّل^{على المرتهن}، ثم لحقه عهدة: لا يرجع به على المقتضى، بخلاف الوكالة المشروطة في العقد؛ لأنه تعلق به حق المرتهن، فيكون البيع^{أي القابض} لحقه. قال^{المصنف} رضي الله عنه: هكذا ذكره الكرخي^{في مختصره} رحمه الله، وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع. قال^{محمد بن}: وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن، ثم استحقه رجل: فله الخيار، إن شاء ضمَّن: الراهن، وإن شاء ضمن المرتهن؛ لأن كل واحد منهما متعدي في حقه بالتسليم أو بالقبض. فإن ضمن الراهن: فقد مات بالدين؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فصَحَّ الإيفاء. وإن ضمن المرتهن: يرجع على الراهن بما ضمن^{بالقيمة} من القيمة وبدَّينه، أما بالقيمة؛
بيان ما التي ضمنه

لأنه لم يتعلق: أي لأن التوكيل بعد العقد إنما يقع لحق الراهن خاصة دون حق المرتهن، ألا ترى أن المرتهن لا يملك مطالبة هذا الوكيل بالبيع، ولا يمنع الراهن من عزله، وإذا وقعت الوكالة خاصة لحق الراهن لم يثبت الرجوع على غيره، وصار كمن وكل رجلاً ببيع شيء، وأن يقضي عنه دينه، ففعل ثم لزمه ضمان لم يرجع على المقتضى، وليس كذلك الوكالة المشروطة في الرهن؛ لأنها لحق المرتهن بدلالة أنه يملك المطالبة بالبيع، ويمنع الراهن من العزل، فإنه فإذا وقع البيع في حقه، وسلم له غرضه، جاز أن يلزمه الضمان كذا ذكره القدوري في "شرحه". فيكون البيع إلخ: وإذا وقع البيع لحقه، وقد سلم له ذلك، جاز أن يلزمه بالضمان. [الكفاية ١٠٩/٩] وهذا: أي الذي ذكره الكرخي. (البنية) على البيع: أي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد، حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد، وبين الوكالة التي بعد العقد، فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن: يرجع الوكيل بالعهد على الراهن لا على المرتهن؛ لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن. (العناية) بالتسليم أو بالقبض: يعني الراهن بالتسليم، والمرتهن بالقبض، فكان كالغاصب وغاصب الغاصب. [العناية ١٠٩/٩] لأنه ملكه: أي لأنه الراهن ملكه بأداء الضمان من وقت القبض. [البنية ١٣/١٣]

فلأنه مغرور من جهة الراهن، وأما بالدين، فلأنه انتقض اقتضاؤه، فيعود حقه كما كان. فإن قيل: لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه، والمملك في المضمون، يثبت لمن عليه قرار الضمان، فتبين أنه رهن ملك نفسه، فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداءً. قلنا: هذا طعن أبي خازم القاضي رحمه الله، والجواب عنه: أنه يرجع عليه بسبب الغرور، والغرور بالتسليم كما ذكرناه، أو بالانتقال من المرتهن إليه كأنه وكيل عنه،

فلأنه مغرور: حيث رهن ملك غيره، وصار كأنه هو الذي أوجب عليه الضمان. (البنية) إلخ: والمغرور يرجع على العار بما لحقه من الضمان كما يرجع المستأجر على المؤجر، والمودع على المودع. [الكفاية ١٠٩/٩] انتقض إلخ: أي قبضه؛ لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفياً، فإذا كان كذلك. (البنية) طعن أبي خازم إلخ: على محمد بن الحسن، بيان طعنه: أنه قال: لما كان قرار الضمان على الراهن كان الملك في المضمون له، فتبين أنه كان رهنًا ملك نفسه فكان هذا. وأما إذا ضمن المستحق الراهن من الابتداء على السواء. فأبو خازم بالخفاء المعجمة وبالزاي: اسمه عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي، أصله من البصرة وسكن بغداد. [البنية ١٤/١٣]

يرجع عليه إلخ: أي يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور، والغرور إنما يحصل بالتسليم إلى المرتهن، وإنما يملك العين من هذا الوقت، وعقد الرهن سابق عليه، فلا يكون رهنًا ملك نفسه، فأما المستحق وإنما يضمن الراهن باعتباره قبضه السابق لا لتسليمه، فيملكه من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده، أو بالانتقال من المرتهن إليه كما في الوكيل بالشراء كأنه اشتراه من المستحق، ثم باع من الراهن؛ وهذا لأن المرتهن غاصب في حق المستحق، فإذا ضمن يملك المضمون ضرورة، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل إليه من جهة المرتهن، والمرتهن يملكه من وقت القبض؛ لأنه بالقبض صار غاصبًا، فيملكه الراهن بعده من جهته، فيكون ملك الراهن متأخرًا عن عقد الرهن. [الكفاية ١١٠/٩]

كما ذكرناه: يعني بقوله: لأن كل واحد منهما متعدي في حقه بالتسليم. (البنية) كأنه وكيل عنه: أي كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه إليه كانتقال الملك من الوكيل إلى الموكل. [البنية ١٤/١٣]

والمملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن، بخلاف الوجه الأول؛ لأن المستحق يضمه باعتبار القبض السابق على الرهن، فيستند المملك إليه، فتبين أنه رهن ملك نفسه، وقد طولنا الكلام في "كفاية المنتهي"، والله أعلم بالصواب.

والمملك بكل إلخ: أي بكل واحد من التسليم، والانتقال متأخر عن عقد الرهن، أما بالتسليم فظاهر؛ لأن التسليم كان بعد العقد، فتبين أنه رهن غير ملكه، وأما بالانتقال؛ فلأن المرهن غاصب في حق المستحق، فإذا ضمن ملك المضمون، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل إليه، فيملكه من جهة المرهن، والمرهن ملكه من حين القبض؛ لأنه صار غاصباً به، فيملك الرهن بعد ذلك من جهة، فيكون ملك الراهن متأخراً عن عقد الرهن، فكأنه رهن غير ملكه. [البنية ١٣/١٤] الوجه الأول: يعني ما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداءً. (البنية) طولنا الكلام إلخ: قيل: مراده مسألة المضاربة، والفرق بينها وبين مسألة الرهن. [العناية ٩/١٠٩]

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال: وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن: فالبيع موقوف؛ لتعلق حق الغير به ^{القدوري} وهو المرتهن، فيتوقف على إجازته، وإن كان الراهن يتصرف في ملكه، كمن أوصى بجميع ماله ^{الوصية} تتوقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث؛ لتعلق حقهم به. فإن أجاز المرتهن: جاز؛ لأن التوقف لحقه، وقد رضي بسقوطه، وإن قضاه الراهن دينه: جاز أيضاً؛ لأنه زال المانع من النفوذ، والمقتضى موجود، وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل. وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن، ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح؛ ^{نفوذ البيع} ^{لنفاذ البيع} ^{المعقل البالغ} ^{للمملوك}

باب التصرف إلخ: لما كان التصرف في الرهن بعد الرهن، والجناية عليه، وجناية الرهن على غيره متأخراً طبعاً عن كونه رهناً آخره وضعاً ليوافق الوضع الطبع. [نتائج الأفكار ٩/١١٠] إذن المرتهن: سواء لم يعلم المرتهن بالبيع أو علم ولم يأذن. (البنية) فالبيع موقوف: وفي "المبسوط": لم يجز البيع، وقال في موضع آخر: البيع فاسد. وقال في موضع: جائز، والصحيح أنه موقوف. [البنية ١٣/١٦]

فيتوقف إلخ: وروي عن أبي يوسف في "الأمالي": أن البيع نافذ، حتى أن المشتري لو أعتقه قبل القبض ينفذ عتقه، وإذا لم يعتقه المشتري بقي رهناً عند المرتهن، فيستوفي المرتهن دينه، قال: وهذا قول أبي يوسف الأول، وقوله الآخر مثل ما ذكر في الكتاب، أي في "الجامع". ووجه ما روي عن أبي يوسف ^{رحمته} أن الراهن يتصرف في خالص ملكه؛ لأن البيع تصرف موضوع لنقل الملك، والملك له، ولهذا لو أعتقه نفذ عتقه، فكان البيع نافذاً؛ لأن حق المرتهن يفوت إلى خلف، وهو الثمن.

وإن كان: أقول في تمام هذا القدر من التعليل نظر فإنه ينتقض بما إذا أعتق الراهن عبد الرهن، فإنه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضاً، فالوجه في التعليل هنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن، فيتوقف على إجازته. [فتح القدير ٩/١١١] حقهم به: أي بما زاد على الثلث.

إلى بدله: وهو الثمن يكونه رهناً، فكانه البيع المرهون. (البنية) هو الصحيح: احترز به عن رواية القاضي أبي خازم عن أبي يوسف ^{رحمته} أنه قال: إنما يصير الثمن رهناً إذا شرط المرتهن عند الإجازة أن يكون الثمن رهناً عنده لا عند عدم الشرط. وبه قالت الأئمة الثلاثة ^{رحمهم}. [البنية ١٣/١٧]

لأن حقه تعلق بالمالية، والبدل له حكمُ المبدل، فصار كالعبد المديون المأذون إذا بيع برضا الغرماء، ينتقل حقُّهم إلى البدل؛ لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً، فكذا هذا. وإن لم يُجزِ المرتهن البيع، وفسخه: انفسخ ^{بالكلىة} في رواية، حتى لو افتكَّ الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه؛ لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك، فصار كالمالك، له أن يجيز، وله أن يفسخ. وفي أصح الروايتين: لا يفسخ بفسخه؛ لأنه لو ثبت حقُّ الفسخ له، إنما يثبت ضرورة صيانة حقه، وحقُّه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد، فبقي موقوفاً، فإن شاء المشتري صبر حتى يفتكَّ الراهن الرهن؛ إذ العجز على شرف الزوال، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي، وللقاضي أن يفسخ؛ لفوات القدرة على التسليم، وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه، وصار كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض، فإنه يتخير المشتري؛ لما ذكرنا كذلك هذا. ولو باعه ^{الراهن} الراهن من رجل، ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجيزه المرتهن: فالثاني موقوف أيضاً على إجازته؛ لأن الأول لم ينفذ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني، ^{كالأول}

في رواية: وهو رواية ابن سماعة عن محمد رضي الله عنه. (الكفاية) بمنزلة الملك: لأنه حق قوي، ألا ترى أن الراهن ححر عن التصرف فيه، ويضمن القيمة، أو المثل كالأجنبي، ويضمن العقر لو وطىء الجارية المرهونة، وهي بكر، وهذه إمارات الملكية. [الكفاية ١١١/٩] إذ العجز: أي لأن العجز عن تسليم المبيع على شرف الزوال. (البنية) لا إليه: أي لا إلى المرتهن؛ لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة، وهو إلى القاضي. (البنية) فإنه يتخير: إما أن يصير إلى زوال العجز، وإما أن يرفع الأمر إلى القاضي فيفسخ البيع. [البنية ١٨/١٣] لما ذكرنا: من قوله: لفوات القدرة على التسليم. (البنية) باعه الراهن: هذه من مسائل "الجامع الكبير"، ذكرها تفرعاً.

فلو أجاز المرتهن البيع الثاني: جاز الثاني. ولو باع الراهن ثم أجز، أو وهب، أو رهن من غيره، وأجاز المرتهن هذه العقود: جاز البيع الأول. والفرق: أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني؛ لأنه يتعلق ^{أي الثمن المرهون} حقه ببذله، فيصح تعيينه؛ لتعلق فائدته به، أما لا حق له في هذه العقود؛ لأنه لا بدل في الهبة والرهن، والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين، وحقه في مالية العين لا في المنفعة، فكانت إجازته إسقاطاً لحقه، فزال المانع، فنفذ البيع الأول فوضع الفرق.

من النفاذ

البيع الثاني: وإنما خص إجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة، فإنه بإجازتها يصح العقد الأول وهو البيع ولم تصح هي، وبإجازة البيع الثاني لا يصح البيع الأول وإن كان سابقاً ويصح هو. [العناية ١١١/٩] جاز الثاني: وقال الشيخ أبو المعين النسفي في "شرح الجامع الكبير": وهذه الرواية إنما تستقيم على رواية "الجامع" عند أبي يوسف رحمته أن البيع لا ينفذ بدون إجازة المرتهن كما هو مذهب أبي حنيفة ومحمد رحمتهما على رواية صاحب "الأمالي" عن أبي يوسف رحمته: أن البيع ينعقد بدون إجازة المرتهن فلا يتوقف البيع الثاني على المشتري الأول؛ لأنه ملكه بالعقد الأول لا على المرتهن. [البنية ١٨/١٣]

باع الراهن: هذه من مسائل "الجامع"، ذكرها تفريعاً. أو وهب: وسكت المصنف عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة؛ اعتماداً على كونه معلوماً. [العناية ١١١/٩] هذه العقود: أي الإجارة أو الرهن أو الهبة دون البيع نفذ البيع السابق، والأصل: أن تصرف الراهن في الرهن إذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن، وإذا أجاز المرتهن تصرفه ينظر فيه، فإن كان تصرفاً يصلح حقاً للمرتهن ينفذ بإجازة المرتهن التصرف الذي لحقته الإجازة، وإن كان تصرفاً لا يصلح حقاً للمرتهن، فبإجازة يبطل حق المرتهن، والنفاذ يكون من جهة الراهن، فينفذ السابق من تصرفات الراهن، وإن كان المرتهن أجاز اللاحق. [الكفاية ١١١/٩]

البيع الأول: سماه أولاً وإن لم يكن بيعان بالنسبة إلى هذه العقود؛ لأن هذه العقود متأخرة عن البيع. (الكفاية) لأنه يتعلق إلخ: أي لأنه يتحول حقه إلى الثمن، وأن الثمن يصير رهناً عنده، ويكون المرتهن أخص بثلثه من الغرماء إذا مات الراهن، فيصح تعيينه إلخ. [الكفاية ١١١/٩] فيصح تعيينه: وهو زيادة الثمن في البيع الثاني، ولعله يحصله تلك الزيادة له ففي البيع الثاني دون الأول، فيجعل لتعيينه فائدة. [البنية ١٩/١٣]

قال: ولو أعتق الراهن عبداً الرهن: نفذ عتقه، وفي بعض أقوال الشافعي رحمه الله: لا ينفذ إذا كان المعتق معسراً؛ لأن في تنفيذه إبطال حق المرهن فأشبه البيع، بخلاف ما إذا كان موسراً، حيث ينفذ على بعض أقواله؛ لأنه لا يبطل ^{حقه} ^{المرهن} معنى بالتضمين، وبخلاف إعتاق المستأجر؛ لأن الإجارة تبقى مدتها؛ إذا حرر قبلها، أما ما لا يقبل الرهن فلا يسبق. ولنا: أنه مخاطبٌ أعتق ملك نفسه، فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرهن كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض، أو أعتق الآبق، أو المغصوب، ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى، وعارض الرهن لا يبنى عن زواله، ^{للمرهن}

أعتق الراهن إلخ: موسراً كان أو معسراً. (الكفاية) بعض أقوال إلخ: ذكر أقواله بلفظ الجمع؛ لأن له أقوالاً ثلاثة ههنا، وأحد أقواله كقولنا. (الكفاية) في تنفيذه إلخ: أي لأنه تصرف يلاقي حق المرهن بالإبطال، فكان مردوداً كالبيع، بل أولى؛ لأن البيع أسرع نفاذاً من العتق، حتى نفذ بيع المكاتب دون العتق، وإذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية لحق المرهن، فلائ لا ينفذ إعتاقه أولى. [الكفاية ١١٢/٩] إعتاق المستأجر: أي العبد المستأجر حيث يجوز. (البنية) الإجارة إلخ: لأن المنافع عنده ملحقة بالأعيان في حق قبول العقد والضمان، والمولى بالإجارة باع منافع العبد مدة معلومة، ثم أعتقه فتبقى الإجارة كما إذا باع نصف العبد ثم أعتق الباقي، أما الحر فلا يقبل الرهن، فلا يبقى بعد العتق، فافترقا. (الكفاية) مدتها: أي تبقى الإجارة في مدة الإجارة. [البنية ١٩/١٣] الآبق أو المغصوب: والجامع بين الآبق والمغصوب وبين المرهون فوات يد المالك. [الكفاية ١١٢/٩]

لقيام المقتضى: وهو سبب الملك كالشراء والإرث، ونحوهما، فكان الملك ثابتاً للرهن رقبة وبداء، وزوال الملك يد الضرورة عارض الرهن، والضرورة تندفع بإزالة ملك اليد، فيكون ملك الرقبة باقياً كما كان، وملك الرقبة كاف لصحة الإعتاق كما في الآبق والمغصوب وغيره. [الكفاية ١١٢/٩] عن زواله: لأن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء للمرهن كما هو عندنا، أو هو حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم، وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين، فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن، فإذا كان باقياً على ملكه، وقد أزاله بالإعتاق صح. [العناية ١١٢/٩]

ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرهن في اليد بناءً عليه كإعتاق العبد المشترك بل أولى؛ لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد، فلما لم يُمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى، وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم، وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو، بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمته، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن؛ لفوات محله، ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسراً والدين حالاً: طوّل بأداء الدين؛ لأنه لو طوّل بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين، فلا فائدة فيه. وإن كان الدين مؤجلاً: أخذت منه قيمة العبد، وجعلت رهناً مكانه، حتى يحل الدين؛ لأن سبب الضمان متحقق، وفي التضمين فائدة، فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه، وردّ الفضل.

حصول الاستيثاق المرهن الضمان المرهن

كإعتاق العبد: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، فإن نفوذ عتقه في نصيبه أوجب نصيب الشريك حكماً ولم تمنع عليه صحة التصرف. (البنابة) ملك الرقبة أقوى إلخ: أي من حق المرهن؛ لأن له ملك اليد والرقبة، ولهذا ملك اليد فقط، فإذا لم يمنع الأقوى الإعتاق، فلائذ لا يمنع الأدنى أولى. [الكفاية ١١٢/٩] الأعلى: وهو حقه للملك للشريك عند صحة العتق. (البنابة) وامتناع النفاذ إلخ: هذا جواب عما يقال: وليس المانع منحصر فيما يزيل الملك؛ بل مجرد تعلق الحق مانع، ولهذا منع النفاذ. [البنابة ٢٠/١٣] لانعدام القدرة إلخ: لأن يده مانعة من التسليم، والبيع كما يفتقر إلى الملك يفتقر إلى القدرة على التسليم، ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر، والإعتاق لا يفتقر إليها بدليل نفاذ إعتاق الآبق. [الكفاية ١١٢/٩] وإعتاق الوارث: هذا جواب عما تمسك به الشافعي رحمته في بعض المواضع، وادعى أن إعتاقه لغو. (البنابة) العبد الموصى إلخ: صورته: مريض أوصى برقبة عبده لشخص، ولا مال له غيره، ثم مات، وأعتق الوارث العبد، لم ينفذ لحق الموصى له. [العناية ١١٢/٩] عند أبي حنيفة رحمته: وأما عندهما فلا إشكال؛ لأنه يعتق في الحال. (البنابة) فلا فائدة فيه: لأنه يجب عليه رد الزيادة إذا كانت القيمة أكثر من الدين. (البنابة) وردّ الفضل: أي على الدين على الراهن. [البنابة ٢١/١٣]

وإن كان معسراً: سعى العبد في قيمته وقضى به الدين، إلا إذا كان بخلاف جنس حقه؛ لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتقد، يرجع إلى من ينتفع ^{المرتمن} بعتقه، وهو العبد؛ لأن الخراج بالضمان* ^{المرتمن} قال ^{المصنف} رضي الله عنه: وتأويله: إذا كانت القيمة أقل من الدين، أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى، ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر؛ لأنه قضى دينه، وهو مضطر فيه بحكم الشرع، فيرجع عليه ^{المولي} بما تحمّل عنه، بخلاف المستسعى في الإعتاق؛

سعى العبد إلخ: وفي "شرح الطحاوي": وإن كان الراهن معسراً فللمرتمن أن يستسعى في الأقل من ثلاثة أشياء سواء كان دينه حالاً أو إلى أجل، وينظر إلى قيمته وقت العتاق، وإلى الدين رهن به فيه، فيسعى العبد في الأقل من هذه الأشياء الثلاثة. [البنية ٢١/١٣] إلا إذا كان إلخ: أي إذا كان ما حصل من سعاية العبد، بخلاف جنس حق المرتمن لا يقضى به الدين، بل يطالبها حالياً للكسب إلى أن يوفيه الدين. [الكفاية ١١٣/٩] لأن الخراج: [أي الخراج للمعيب فعليه الضمان، فيرجع عليه] بالضمان: في "المغرب": الخراج ما يخرج من غلة الأرض، أو الغلام، ومنه الخراج بالضمان، أي يكون له الغلة لما أن عليه ضمانه، ثم يسمى ما يأخذه السلطان خراجاً، فيقال: أدى خراج أرضه، وأدى أهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية، وعبد مخارج قد خارجه سيده إذا اتفقا على ضريبة يردها عليه عند انقضاء كل شهر. [الكفاية ١١٣/٩] وتأويله: أي تأويل قول القدوري سعى العبد في قيمته. (البنية) من الدين: لأنه إذا كان الدين أقل من القيمة سعى في الدين. (البنية) نذكره: في هذا الباب في مسألة استيلاء الأمة المرهونة، وهو قوله: بخلاف المعتقد حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة. [الكفاية ١١٣/٩] بخلاف المستسعى: يعني بخلاف العبد المشترك بين اثنين إذا أعتق أحدهما نصيبه فاستسعى والساكت لا يرجع بما سعى على المعتقد. [البنية ٢٢/١٣]

* "الخراج بالضمان" حديث صحيح، رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان ^{رحمهم الله} من حديث عائشة ^{رضي الله عنها}، وفي بعض طرقه ذكر السبب، وهو أن رجلاً ابتاع عبداً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقوم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ^{صلى الله عليه وسلم}، فردّه عليه، فقال الرجل: يا رسول الله! قد استعمل غلامي، =

لأنه يؤدي ضماناً عليه؛ لأنه إنما يسعى؛ لتحصيل العتق عنده، وعندهما لتكميله، وهنا يسعى في ضمانٍ على غيره بعد تمام إعتاقه، فصار كمُعير الرهن. ثم أبو حنيفة ^{أبي حنيفة رحمه الله} رحمه الله أوجب السعاية في المستسعي المشترك في حالتي اليسار والإعسار، وفي العبد المرهون شرط الإعسار؛ لأن الثابت للمرهن حق الملك، وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك ^{إعسار الراهن المعتق} الساكت، فوجبت السعاية هناك في حالة واحدة؛ إظهاراً لنقصان رتبته، بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع،

إنما يسعى إلخ: عند أبي حنيفة ^{رحمه الله} رحمه الله إعتاق البعض لا يكون إعتاق الكل، فتكون السعاية لتحصيل الباقي، والعبد بما يسعى يملك عوض ما أدى، فلا يرجع به حتى لا يستحق عوضين بإزاء مال واحد، وعندهما إعتاق البعض إعتاق الكل، فتكون السعاية لتكميله؛ وهذا لأن الكل وإن عتق على المعتق، وصار ملكاً له، إلا أن الثابت ملك لا قرار له، فيصير ثابتاً في حق نفاذ العتق، وأما فيما عدا ذلك يعتبر الملك ثابتاً للساكت، ومنتقلاً إلى العبد. [الكفاية ١١٣/٩] لتكميله: أي لتكميل العتق؛ لأنه كان في عتقه نقصان، لكونه مطالباً بالسعاية. (البنية) لأن الثابت إلخ: أي الثابت للمرهن في الرهن حق الملك لا حقيقة الملك، وذلك بثبوت يد الاستيفاء، والمراد منه: اختصاص المرهن بالرهن حبساً إلى أن يقضى الراهن دينه، وحق الملك أدنى حالاً من حقيقة الملك الذي هو ثابت للشريك الساكت، فلما كان كذلك، أوجب أبو حنيفة ^{رحمه الله} رحمه الله السعاية ههنا، أي في إعتاق الراهن في حالة واحدة، وهي حالة الإعسار إظهاراً لنقصان مرتبة حق المرهن عن مرتبة الشريك الساكت، فإن للساكت حقيقة الملك في العبد، ولذلك وجب السعاية في الحالين. في حالة واحدة: وهي حالة الإعسار. (البنية) للبائع: يعني ليس للبائع، ولأنه استسعاء بقدر الثمن وإن كان هو محبوساً قبل التسليم بالثمن، لأن للبائع مجرد الحبس وإذا فات بخروجه عن كونه محلاً للحبس بالعتق بطل أصلاً وبقي حقه مطالبة المشتري بالثمن فحسب إلخ. [البنية ٢٣/١٣]

فقَالَ: "الخراج بالضمان". قال أبو عبيدة: الخراج في هذا الحديث غلة العبيد يشتريه الرجل فيستعمله زماناً، ثم يعثر منه على عيب دلّسه البائع، فيرده ويأخذ جميع الثمن، ويفوز بغلته كلها؛ لأنه كان في ضمانه، ولو هلك هلك من ماله، انتهى، وفي "الفائق": كل ما خرج من شيء فهو خراج، فخراج الشجرة ثمرها، وخراج الحيوان دره ونسله، انتهى.

إلا رواية عن أبي يوسف رحمته الله، والمرهون يسعى؛ لأن حق البائع في الحبس أضعف؛
 لأن البائع لا يملكه في الآخرة، ولا يستوفي من عينه، وكذلك يبطل حقه في الحبس
 بالإعارة من المشتري، والمرهون ^{أي في المال} ينقلب حقه ملكاً، ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن
 حتى يمكنه الاسترداد، فلو أوجبنا السعاية فيهما، لسوينا بين الحقين، وذلك لا يجوز.
 ولو أقر المولى برهن عبده، بأن قال له: رهنك عند فلان وكذبه العبد، ثم أعتقه:
 تجب السعاية عندنا، خلافاً لزفر رحمته الله، هو يعتبره بإقراره بعد العتق. ونحن نقول: أقر
 بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه؛ لقيام ملكه فيصح، بخلاف ما بعد العتق؛ لأنه
 حال انقطاع الولاية. ولو دبره الراهن: صحّ تدبيره بالاتفاق، أما عندنا فظاهر،
 وكذا عنده؛ لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله. ولو كانت أمة فاستولدها الراهن:
 صحّ الاستيلاد بالاتفاق؛ لأنه يصح بأدنى الحقين، وهو ما للأب في جارية الابن،
 أدنى الحقين

عن أبي يوسف رحمته الله إلخ: وعن أبي يوسف رحمته الله أنه يسعى في قيمته للبائع، ثم يرجع بها على المشتري
 كالمرهون إذا أعتقه الراهن. والمرهون يسعى: أنه يسعى إذا كان المشتري معسراً. [البنية ٢٣/١٣]
 السعاية فيهما: أي في المبيع المعتق قبل القبض، وفي المرهون المعتق. (البنية) ولو أقر: ذكرها تفريعاً على مسألة
 "المختصر". بتعلق الحق إلخ: وهذا لأنه لما ملك إنشاء الرهن قبل العتق يكون مالكاً تعليق عتقه بأداء السعاية،
 فيصح إقراره بما يملك إنشاءه؛ إذ الولاية باعتبار الملك قائم، فلم يعتبر تكذيب العبد. [الكفاية ١١٤/٩]
 يملك التعليق: أي يملك تعلق الدين برقبته. (البنية) انقطاع الولاية: لأنه لا ولاية لها بعد العتق فلا يصح. (البنية)
 ولو دبره إلخ: ذكره تفريعاً على مسألة القدوري وقد ذكرها الكرخي في "مختصره". (البنية) فظاهر: لأنه يملك
 إعتاقه ويملك تدبيره بالطريق الأولى. (البنية) لا يمنع البيع إلخ: لأنه بيع المدبر يجوز عنده، وبه قال مالك
 وأحمد رحمتهما الله. [البنية ٢٤/١٣] على أصله: فلا ضرر للمرهون، فإنه قادر على بيعه.

فيصح بالأعلى، وإذا صحَّ: خرجا من الرهن؛ لبطلان المحلية؛ إذ لا يصح استيفاء الدين منهما. فإن كان الراهن ^{التدبير والاستيلاء} موسراً: ضمن قيمتهما ^{المدير وأم الولد} على التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق، وإن كان معسراً استسعى المرتهن ^{المدير وأم الولد} المدير وأم الولد في جميع الدين؛ لأن كسبهما مال المولى، بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة؛ لأن كسبه حقه، والمحتبس عنده ليس إلا قدر القيمة، فلا يزداد عليه، وحق المرتهن بقدر الدين، فلا تلزمه الزيادة. ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره؛ لأنهما أدياه من مال المولى، والمعتق يرجع؛ لأنه أدى ملكه عنه، وهو مضطر على ما مرّ، وقيل: الدين إذا كان مؤجلاً يسعى المدير في قيمته؛ لأنه عوض الرهن حتى تحبس مكانه، فيتقدر ^{القيمة} بقدر العوض، ^{الرهن}

خرجاً [أي المدير وأم الولد] من الرهن: وهذا عندنا، وأما عند الشافعي رحمته الله، فالمدير لا يخرج؛ لأنه قابل لما هو حكم الرهن عنده، وأم الولد تخرج؛ لأنها لا تقبل حكم الرهن، فإنه لا يجوز بيعها بالاتفاق، والفرق له بين الاستيلاء والإعتاق: أن الأمومية إنما تثبت بالنسب، وأنه لا يتوقف عنده على الدعوة، بل يثبت بنفس الوطء، وأنه ليس بممنوع عنه، فإن الراهن عنده لا يمنع من الانتفاع بالمرهون، ولا يصح الحجر عن الوطء لحق المرتهن؛ لأنه عسى أن لا تعلق، فصح الاستيلاء، فلا يتوقف على إذن المرتهن، بخلاف الإعتاق؛ فإنه يوجب بطلان حق المرتهن لاحالة، فيمنع منه بدون إذنه. [الكفاية ١١٤/٩]

على التفصيل إلخ: أي إذا كان الدين حالاً طوّل بأداء الدين، وإن كان مؤجلاً أخذت القيمة، وجعلت رهناً مكانها، حتى يحل الدين، فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان جنس حقه، ورد الفضل. (الكفاية) بخلاف المعتق: هذا هو الذي وعده بقوله: أما إذا كان الدين أقل نذكره. [الكفاية ١١٤/٩]

والمعتق يرجع: لأن الاستيفاء يقع من ملك المعتق. فيتقدر إلخ: لأن الدين المؤجل لا يجب قضاؤه، وإنما يجب رد عوض الرهن إلى يد المرتهن، فيتقدر وجوب العوض بقدر ما فات من المعوض، فأما إذا كان الدين حالاً، فالقضاء واجب من مال الراهن، وكسبه ملكه، فيستسعى في كله. [الكفاية ١١٤/٩]

بخلاف ما إذا كان حالاً؛ لأنه يُقضى به الدين. ولو أعتق الراهن المدبر، وقد قضي عليه بالسعاية، أو لم يقض: لم يسع إلا بقدر القيمة؛ لأن كسبه بعد العتق ملكه،^{ذكره تقريباً أيضاً} وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه؛ لأنه أداه من مال المولى. قال: وكذلك لو استهلك الراهن الرهن؛ لأنه حقٌ محترم مضمون عليه بالإتلاف، والضمان رهنٌ^{إلى المرهن} في يد المرهن؛ لقيامه مقام العين. فإن استهلكه أجنبيٌّ: فالمرهن هو الخصم في تضمينه، فيأخذ القيمة، وتكون رهناً في يده؛ لأنه أحقُّ بعين الرهن حال قيامه، فكذا في استرداد ما قام مقامه،^{الأجنبي} والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة، ويوم رهن ألفاً: غرم خمسمائة، وكانت رهناً،^{من الضمان} وسقط من الدين خمسمائة، فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة،^{القيمة}

وكذلك: أي الجواب في الاستهلاك كالجواب في الإعتاق، يعني إذا كان الراهن موسراً والدين حالاً طوّل بأداء الدين، وإن كان موجلاً، أخذت منه قيمة العبد، وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين. (النهاية) وكذلك: وهو عطف على قوله: فإن كان الدين حالاً طوّل بأداء الدين، وإن كان موجلاً إلى آخره، كذا قال الأتراري، وقال الأكمل: قوله: وكذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله: فإن كان موسراً ضمن قيمتها، وكذلك قاله الكاكي، وقال تاج الشريعة: قوله: وكذلك لو استهلك الراهن الرهن، يعني أن حكم الاستهلاك حكم الإعتاق على التفصيل المذكور. [البنية ١٣/٢٥-٢٦]

حال قيامه: يعني أنه لو كانت العين باقية كان المرهن هو الخصم في ردها إلى يده، كذلك هو الخصم في إعادة ما قام مقام العين إلى يده. هذا المستهلك: احتراز عن استهلاك المرهن، فإن عليه قيمته يوم قبض على ما يجيء، وكذلك في الهلاك بدون الاستهلاك يعتبر قيمته يوم قبض لا يوم هلك. [الكفاية ٩/١١٥] الزيادة: أي الزيادة على ما غرمه لمستهلك، فلا يضمن المستهلك تلك الزيادة.

كَأَنَّهَا هَلَكَتْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَةٍ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي ضَمَانِ الرِّهْنِ الْقِيَمَةُ يَوْمَ الْقَبْضِ لَا يَوْمَ الْفِكَاكِ؛
 بِدُونِ الْإِسْتِهْلَاكِ
 لِأَنَّ الْقَبْضَ السَّابِقَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ اسْتِيفَاءً، إِلَّا أَنَّهُ يَتَقَرَّرُ عِنْدَ الْهَلَاكِ. وَلَوْ
 اسْتَهْلَكَهُ الْمُرْتَهَنُ، وَالْدَيْنُ مُؤَجَّلٌ: غَرِمَ الْقِيَمَةُ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَلِكَ الْغَيْرِ، وَكَانَتْ رَهْنًا فِي
 يَدِهِ حَتَّى يَحْلَلَ الدَّيْنَ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ بَدَلَ الْعَيْنِ، فَأُخِذَ حَكْمُهُ، وَإِذَا حُلَّ الدَّيْنُ وَهُوَ عَلَى
 صِفَةِ الْقِيَمَةِ: اسْتَوْفِيَ الْمُرْتَهَنُ مِنْهَا قَدْرَ حَقِّهِ؛ لِأَنَّهُ جَنَسٌ حَقُّهُ. ثُمَّ إِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ
 يَرُدُّهُ عَلَى الرَّاهِنِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلَ مَلِكِهِ، وَقَدْ فَرَّغَ عَنْ حَقِّ الْمُرْتَهَنِ، وَإِنْ نَقَصَتْ عَنِ الدَّيْنِ
 بِتَرَاجَعِ السَّعْرِ إِلَى خَمْسِمِائَةٍ، وَقَدْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الرِّهْنِ أَلْفًا: وَجِبَ بِالْإِسْتِهْلَاكِ
 خَمْسِمِائَةٍ، وَسَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسِمِائَةٌ؛ لِأَنَّ مَا انْتَقَصَ كَالْهَالِكِ، وَسَقَطَ الدَّيْنُ بِقَدْرِهِ،
 وَتَعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْقَبْضِ، وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْقَبْضِ السَّابِقِ لَا بِتَرَاجَعِ السَّعْرِ،
 عَلَى الْمُرْتَهَنِ الرَّهْنِ

هَلَكَتْ بِآفَةٍ: يَعْنِي تَكُونُ الزِّيَادَةُ مَضْمُونَةً عَلَى الْمُرْتَهَنِ. [العناية ١١٥/٩] وَلَا يُقَالُ: بِأَنَّ الرِّهْنَ لَوْ كَانَ
 بَاقِيًا كَمَا كَانَ، وَقَدْ تَرَاجَعَ السَّعْرُ، وَانْتَقَصَتْ قِيَمَتُهُ، فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ، قُلْنَا: لِأَنَّ ثَمَّ الْعَيْنَ
 بَاقِيًا كَمَا كَانَ، وَإِنَّمَا حَصَلَ التَّغْيِيرُ بِسَبَبِ التَّرَاجَعِ وَالْعَيْنِ بِحَالٍ يُمْكِنُ أَنْ يَصِيرَ مَالِيَةً بِالتَّرَاجَعِ كَمَا كَانَ يَوْمَ
 الْقَبْضِ، فَلَمْ يَتَغَيَّرِ التَّغْيِيرُ، وَهَهُنَا التَّغْيِيرُ الْحَاصِلُ بِالتَّرَاجَعِ اسْتَقَرَّ بِالْهَلَاكِ، وَلَمْ يَبْقَ عَلَى حَالٍ يَعُودُ مَالِيَةً كَمَا
 كَانَ فَاعْتَبَرَ التَّغْيِيرُ. [الكفاية ١١٥/٩] وَالْمُعْتَبَرُ إِنْ خُذَ جُمْلَةٌ مُعَلَّلَةٌ لِقَوْلِهِ: وَسَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ.
 إِلَّا أَنَّهُ يَتَقَرَّرُ إِنْ خُذَ: جَوَابُ سَوْأَلٍ، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ مَضْمُونًا بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ الْقَبْضِ، فَإِذَا نَقَصَتْ قِيَمَتُهُ بِتَرَاجَعِ
 السَّعْرِ، يَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ الدَّيْنُ بِقَدْرِ نَقْصَانِ الْقِيَمَةِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ، فَأُجَابَ بِأَنَّ النَقْصَانَ يَتَقَرَّرُ عِنْدَ الْهَلَاكِ،
 فَإِذَا عَادَتْ قِيَمَتُهُ كَامِلَةً قَبْلَ الْهَلَاكِ، لَمْ يَتَغَيَّرِ النَقْصَانُ. وَهُوَ مَضْمُونٌ إِنْ خُذَ: جَوَابُ إِشْكَالٍ، وَهُوَ: أَنْ
 يُقَالُ: لَوْ سَقَطَ الدَّيْنُ بِقَدْرٍ مَا انْتَقَصَ كَانَ الرِّهْنُ مَضْمُونًا عَلَى الْمُرْتَهَنِ بِتَرَاجَعِ السَّعْرِ، وَلَيْسَ لِتَرَاجَعِ السَّعْرِ
 تَأْثِيرٌ فِي إِسْقَاطِ شَيْءٍ مِنَ الدَّيْنِ كَمَا إِذَا رُدَّ إِلَى الرَّاهِنِ بَعْدَ انْتِقَاصِ قِيَمَتِهِ بِتَرَاجَعِ السَّعْرِ، فَأُجَابَ بِأَنَّهُ
 مَضْمُونٌ بِالْقَبْضِ السَّابِقِ لَا بِتَرَاجَعِ السَّعْرِ. [الكفاية ١١٥/٩]

ووجب عليه الباقي بالإتلاف، وهو قيمته يوم أتلف. قال: وإذا أعار المرتهن الرهن^{الراهن} للراهن ليخدمه، أو ليعمل له عملاً، فقبضه: خرج من ضمان المرتهن؛ لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن، فإن هلك في يد الراهن: هلك بغير شيء؛ لفوات القبض المضمون، وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده؛ لأن عقد الرهن باقٍ^{على المرتهن} إلا في حكم الضمان في الحال. ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن، كان المرتهن أحق^{من الراهن} به من سائر الغرماء؛ وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة، والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال، ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن،^{أي الاسترجاع}

وإذا أعار: فيه تسامح؛ لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض، والمرتهن لا يملكها، فكيف يملكها غيره، ولكن لما عومل معاملة الإعارة من عدم الضمان، وتمكن استرداد المعير أطلق الإعارة. [العناية ١١٥/٩] لمنافاة [لأن قبض الرهن يوجب الضمان، وقبض العارية لا يوجب] إلخ: لأن الضمان لو كان باقياً، إنما يكون باعتبار بقاء يد المرتهن، وبقاء يد المرتهن إنما يتحقق أن لو كان يد الراهن يد المرتهن، وهذا غير ممكن؛ لأن قبض المرتهن قبض مضمون، وقبض الراهن غير مضمون، وبين كونه مضموناً وغير مضمون منافاة، فلا ينوب غير المضمون عن المضمون. ولا يقال: بأن يد الراهن بالاستعارة يجعل يد أمانة في حقه، ويد ضمان في حق المرتهن كما في فصل العدل، فإن يد العدل يد أمانة في حق نفسه في المالية، ويد ضمان في حق المرتهن، فكذا هذا، لأنا نقول: لا يمكن ههنا إبقاء ضمان الرهن باعتبار القبض؛ لأن القبض قد انقضى، وإنما يجعل باقياً حكماً باعتبار اليد حكماً إذا أمكن جعل يد الراهن يد المرتهن، وذلك غير ممكن لمنافاة بين اليدين؛ لأن يد المرتهن يد الحبس عن المالك، ويد العارية يد الاستعمال للملك، وبين الحبس عن المالك، وبين ثبوت يد الاستعمال للمالك تناف، ولا تتحقق هذه المنافاة في فصل العدل؛ لأن يد العدل يد حبس عن المالك كما أن يد المرتهن يد حبس عن المالك، فلذلك افرقا. [الكفاية ١١٦/٩]

ألا ترى: توضيح لبقاء عقد الرهن. أحق: فعلم أن الرهن باق. والضمان إلخ: هذا جواب عما يقال: كيف أمكن القول ببقاء الرهن، وأنه لم يبق مضموناً؟ فأجاب بقوله: والضمان إلخ. [البنية ٢٨/١٣]

وإن لم يكن مضموناً بالهلاك، وإذا بقي عقد الرهن، فإذا أخذه عاد الضمان؛ لأنه ^{على المرهن} عاد القبض في عقد الرهن، فيعود بصفته. وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن ^{الراهن والمرهن} وهو الضمان الآخر: سقط حكم الضمان؛ لما قلنا، ولكل واحد منهما أن يردّه رهناً كما كان؛ لأن لكل واحد منهما حقاً محترماً فيه، وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر، حيث يخرج عن الرهن، فلا يعود إلا بعقد مبتدأ. ولو مات الراهن قبل الردّ إلى المرهن: يكون المرهن أسوة للغرماء؛ لأنه تعلق بالرهن حق ^{أي بالمرهن} لازم بهذه التصرفات، فيبطل به حكم الرهن، أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم ^{هذا الحق اللازم} الباء للسببية فافتراقاً. وإذا استعار المرهن الرهن من الراهن ليعمل به، فهلك قبل أن يأخذ في العمل: هلك على ضمان الرهن؛ لبقاء يد الرهن، وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل؛ لارتفاع يد العارية، ولو هلك في حالة العمل: هلك بغير ضمان؛ لثبوت يد العارية بالاستعمال، وهي مخالفة ليد الرهن، فانتفى الضمان، وكذا إذا أذن الراهن ^{يد العارية} للمرهن بالاستعمال؛ لما بيناه.

لما قلنا: إشارة إلى قوله: لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن. (البنابة) وهذا: أي ما ذكرنا من إجارة أحدهما بإذن الآخر أجنبياً. [البنابة ٢٨/١٣] من أجنبي: قيد بقوله: من أجنبي؛ لأنه لو أعار المرهن الرهن من الراهن، أو آجره منه، أو أودعه عنده، كان للمرهن أن يسترده، والإجارة باطلة، كذا في "فتاوى قاضي خان" وغيره. [الكفاية ١١٦/٩] التصرفات: وجملة هذه التصرفات ستة: العارية والوديعة والرهن والإجارة والبيع والهبة. [العناية ١١٦/٩] ليد الرهن: لأن يد العارية غير مضمونة، وقبض الرهن مضمون، فإذا ثبتت يد العارية بالاستعمال انتفى الضمان. [الكفاية ١١٧/٩] لما بيناه: يعني في صورة العارية، ثم لو اختلفا في وقت الهلاك، فالقول للمرهن، والبيئة على الراهن. [العناية ١١٧/٩]

ومن استعار من غيره ثوباً ليرهنه: فما رهنه به من قليل أو كثير، فهو جائز؛ لأنه متبرع بإثبات ملك اليد، فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد، وهو قضاء الدين، ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن^{للمرتهن} كما ينفصل زوالاً في حق البائع. والإطلاق واجب الاعتبار، خصوصاً في الإعارة؛ لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة. ولو عيّن قدرًا: لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه، ولا بأقل منه؛ لأن التقييد مفيد، وهو ينفي الزيادة؛^{المعير} على ذلك القدر

ومن استعار إلخ: هذه المسألة إلى قوله: وجناية الرهن على الراهن من مسائل "الأصل"، ذكرها على سبيل التفريع. [البنية ٢٩/١٣] فيعتبر إلخ: أي فيقاس إثبات ملك اليد منفرداً عن إثبات ملك العين بإثباتها مع إثبات ملك العين قياساً بعدم الفارق، يعني بإلغائه خصوصية الاقتران بإثبات ملك العين، وقوله: يجوز أن ينفصل إلخ، بيان للإلغاء. قضاء الدين إلخ: فإنه لو استأذن أن يقضي ديناً عليه بما له كان صحيحاً، وكذا إذا تبرع إنسان بقضاء دين غيره، فإذا جاز أن يثبت له ملك اليد والعين بإيفاء غير المديون من ماله بطريق التبرع، يجوز أن يثبت له ملك اليد بالرهن أيضاً. [الكفاية ١١٧/٩]

ويجوز إلخ: يعني فإن قيل: اعتبار غير صحيح، لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه، فالجواب أن الاتصال غير مانع؛ لعدم استلزام أحدهما الآخر، فإنه يجوز أن ينفصل إلخ. [العناية ١١٧/٩] ثبوتاً للمرتهن: أي جاز أن يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين. (العناية) كما ينفصل إلخ: أي كما يجوز أن يزول ملك اليد عن البائع دون ملك العين بأن باع بشرط الخيار وسلم إلى المشتري، فزال يده لا ملكه. (الكفاية) والإطلاق واجب إلخ: يعني إذا أطلق الإعارة في الرهن، ولم يسم ما يرهنه به بعشرة، أو تسعة، أو بدراهم، أو بدنانير، أو يرهنه من زيد، أو عمرو كان للمستعير أن يعمل بموجب الإطلاق. [الكفاية ١١٧/٩]

في الإعارة: لأن مبنائها على المسامحة، فلا يجري فيها المضايقة، والجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة، فإن من استعار دابة له أن يركب بنفسه، وله أن يركب غيره، وله أن يحمل ما شاء. [الكفاية ١١٧/٩] إلى المنازعة: يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، فإنها هي المفسدة للعقد. [العناية ١١٧/٩]

وهو: أي تعيين المعير بأن يرهن المستعير بقدر من المال.

لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أدائه، وينفي النقصان أيضاً؛ لأن غرضه أن يصير
 المستوفياً للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه. وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن
 وبالبلد؛ لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض، وتفاوت الأشخاص
 في الأمانة والحفظ. وإذا خالف كان ضامناً، ثم إن شاء المعير ضمن المستعير، ويتم
 عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه رهن ملك
 نفسه، وإن شاء ضمن المرتهن، ويرجع المرتهن بما ضمن، وبالدين على الراهن، وقد
 بيناه في الاستحقاق. وإن وافق بأن رهنه بمقدار ما أمره به، إن كانت قيمته مثل
 الدين، أو أكثر، فهلك عند المرتهن: يبطل المال عن الراهن؛ لتام الاستيفاء
 بالهلاك، ووجب مثله لرب الثوب على الراهن؛ لأنه صار قاضياً دينه بماله بهذا
 القدر، وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته؛ لأنه برضاه،
 القبض المستعير القبض المعير

أداؤه: للمعير عند الاحتياج إلى فكاكه. (البنية) لأن غرضه إلخ: أي لأنه ربما يرضى المعير بأن يصير
 المرتهن عند الهلاك مستوفياً للأكثر، ليرجع هو على المستعير بذلك، فإذا رهنه بأقل، فعند الهلاك إنما يرجع
 المعير على المستعير بذلك القدر، فلم يحصل غرضه. (الكفاية) لتيسر البعض إلخ: يرجع إلى القيد بالجنس،
 أي قد تيسر على المعير، أو على المستعير أداء جنس دون جنس، وتفاوت الأشخاص في الأمانة يرجع إلى
 القيد بالمرتهن، وقوله: والحفظ إلى القيد بالبلد. [الكفاية ١١٨/٩]

في الاستحقاق: أي في استحقاق الرهن قبل هذا الباب. [الكفاية ١١٨/٩] ووجب مثله: أي مثل ما تم
 الاستيفاء به بالهلاك، وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب إن كانت أكثر؛ لأن الزيادة على
 قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه، وهو ما إذا وافق المستعير المعير، فيما شرطه. [العناية ١١٨/٩]
 وهو: أي كونه قاضياً دينه بماله. لأنه برضاه: لأنه قبض المستعير برضا المالك فلا يتعلق. [البنية ٣١/١٣]

وكذلك إن أصابه عيبٌ ذهبَ من الدين بحسابه، ووجب مثله لربِّ الثوب على
 الراهن على ما بيناه، وإن كانت قيمته أقلَّ من الدين: ذهب بقدر القيمة، وعلى الراهن
 بقية دينه للمرتهن؛ لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته، وعلى الراهن لصاحب
 الثوب ما صار به موفياً؛ لما بيناه. ولو كانت قيمته مثل الدين، فأراد المعير أن يفتكه
 جبراً عن الراهن: لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع؛ لأنه غير متبرع حيث
 يخلص ملكه، ولهذا يرجع على الراهن بما أدَّى المعير، فأجبر المرتهن على الدفع. بخلاف
 الأجنبي إذا قضى الدين؛ لأنه متبرع؛ إذ هو لا يسعى في تخلص ملكه، ولا في تفرغ
 ذمته، فكان للطالب أن لا يقبله. ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه، أو
 بعد ما افتكه: فلا ضمان عليه؛ لأنه لا يصير قاضياً بهذا، وهو الموجب على ما بيناه.
 ولو اختلفا في ذلك: فالقول للراهن؛ لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين.
 المعير والمستعير مع يمينه المستعير

على ما بيناه: وهو أنه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر. [البنية ٣١/١٣] لما بيناه: وهو قوله: لأنه صار
 قاضياً دينه بماله. (الكفاية) فأراد المعير إلخ: أي أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً على المرتهن، ولفظ
 محمد ﷺ في هذه المسألة حين اعتبر الرهن ذكر شمس الأئمة السرخسي والإمام البزدوي إلخ. (العناية)
 عن الراهن: قيل: معناه من غير رضاه وليس بظاهر، وقيل: نيابة، ولعله من الجبران يعني جبراً؛ لما فات
 عن الراهن من القضاء بنفسه. [العناية ١١٨/٩] غير متبرع: في الفكاك، بل له حق وملك في المرهون.
 ولهذا: أي ويكون غير متبرع. (البنية) ما بيناه: وهو قوله: لأنه صار قاضياً دينه. (البنية) في ذلك: أي في
 كون الهلاك حال الرهن، أو غيره، فقال المعير: هلك حال الرهن، وقال المستعير: هلك قبل الرهن، أو بعد
 الافتكاك، فالقول قول الراهن؛ لما ذكر، والبينة بينة المعير؛ لأنه يدعي عليه الضمان. [العناية ١١٩/٩]
 الحالتين: أي أراد بهما قبل الرهن وما بعد الفكاك. [البنية ٣٣/١٣]

كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به: فالقول للمعير؛ لأن القول قوله في المعير والمستعير
 إنكار أصله، فكذا في إنكار وصفه. ولو رهنه المستعير بدّين موعود، وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا، فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى، والقيمة سواء: ^{القرض المسمى}
 يضمن قدر الموعود المسمى؛ لما بينا أنه كالموجود، ويرجع المعير على الراهن بمثله؛ ^{المرتهن للراهن}
 لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه. ولو كانت ^{الراهن الدين}
 العارية عبداً، فأعتقه المعير: جاز؛ لقيام ملك الرقبة، ثم المرتهن بالخيار إن شاء ^{فرهنه المستعير}
 رجع بالدين على الراهن؛ لأنه لم يستوفه. وإن شاء ضمن المعير قيمته؛ لأن الحق ^{المستعير}
^{العبد}

كما لو اختلفا إلخ: هكذا وقع في النسخ، ولكن الصواب ولو اختلفا في مقدار ما أمره مكان كما؛ لأنه في لفظ كما يختلف الغرض؛ إذ في الأول القول للراهن، وهو المستعير، وفي الثاني القول قول المعير، فكيف يصح التشبيه، إلا أن يقال: التشبيه في الإنكار من غير نظر إلى كون المنكر معيراً، أو مستعيراً. (الكفاية) إنكار أصله: أي العارية بتأويل عقد العارية. [الكفاية ١١٩/٩]

إنكار وصفه: أي وصف عقد العارية من الزيادة والنقصان. (البنية) لما بينا: إشارة إلى ما ذكر في باب ما يجوز ارتقائه بقوله: لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة. (الكفاية) لأن سلامة إلخ: بيانه: أن الدين الموعود كالموجود، فلو كان الدين موجوداً هلك الرهن في ضمان المرتهن يسلم للراهن مالية الرهن بسبب براءة ذمته عن الدين، وفي الموعود إذا هلك الرهن في يد المرتهن يضمن المرتهن للراهن المسمى من الدين، فإذا استوفاه من المرتهن، وهو ومالية الرهن سواء يصير الراهن مستوفياً مالية الرهن بواسطة الاستيفاء، وفي فصل السلامة بواسطة البراءة يرجع المعير بمثله على الراهن، فكذلك في فصل السلامة بالاستيفاء. [الكفاية ١٢٠/٩]

لأن الحق إلخ: أي حق المرتهن تعلق بمالية الرهن برضا المعير، وقد استهلكه بالإعتاق، فصار كما استهلكه بالإتلاف، وهو في هذا الحكم كأجنبي آخر، فيضمن قيمته، ثم يرده على المعير؛ لأن استرداد القيمة كاسترداد العين، ولو أخذ المعير الرهن من المرتهن، ثم استرده المرتهن كان رهناً عنده إلى أن يقبض دينه، فإذا قبض يرده على المعير، كذا هذا. [الكفاية ١٢٠/٩]

قد تعلق برقبته برضاه، وقد أتلّفه بالإعتاق، وتكون رهناً عنده إلى أن يقبض دينه، فيردها إلى المعير؛ لأن استرداد القيمة كاسترداد العين. ولو استعار عبداً، أو دابةً ليرهنه، فاستخدم العبد، أو ركب الدابة قبل أن يرهنها، ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن: فلا ضمان على الراهن؛ لأنه قد برىء من الضمان حين رهنهما، فإنه كان أميناً خالف، ثم عاد إلى الوفاق. وكذا إذا أفتك الرهن ثم ركب الدابة، أو استخدم العبد فلم يعطب، ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه: لا يضمن؛ لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير؛ لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك، وقد عاد إلى الوفاق، فيبرأ عن الضمان، وهذا بخلاف المستعير؛

استرداد القيمة إلخ: يعني أن المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير، واسترداد القيمة كاسترداد العين، ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين، فكذلك رد قيمته. [العناية ٩/١٢٠]

من الضمان: أي ضمان التعدي بالاستخدام والركوب لا ضمان قضاء الدين، فإن المعير يرجع على الراهن بضمن قضاء الدين؛ لأن الراهن بعد ما قضى الدين لما هلك الرهن في يد المرتهن، فيرجع بما أدى إليه من الدين؛ لأن الرهن لما هلك في يد المرتهن يصير مستوفياً حقه من مالية الرهن، فيرد إلى الراهن ما اقتضاه من الدين؛ كيلا يتكرر الاستيفاء، فإذا وقع الاستيفاء بمالية الرهن، يرجع المعير على الراهن بمالية الرهن في قدر ما وقع به الإيفاء. (الكفاية) فإنه كان أميناً إلخ: بخلاف المودع؛ لأن يده كيد المالك، فبالعود إلى الوفاق يصير راداً عليه حكماً، وما نحن بصدد نظير مسألة الوديعة؛ لأن تسليمه إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير، حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضياً، فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله، فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكماً، فلهذا برىء من الضمان. [الكفاية ٩/١٢١]

خالف: أي بالاستخدام والركوب. (البنية) عن الضمان: لأن الرد إلى نائب المعير، وهو المستعير نفسه قد وجد؛ لأن الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع، والمودع يبرأ بالرد إلى الوفاق. (العناية) بخلاف المستعير: أي بخلاف إذا استعار عيناً ليتفقد بها، فخالف، ثم عاد إلى الوفاق لم يبرأ عن الضمان. (الكفاية)

لأن يده يَدُ نفسه، فلا بد من الوصول إلى يد المالك، أما المستعير في الرهن، فيحصل
 لا يد المالك
 مقصود الأمر - أو هو الرجوع عليه - عند الهلاك وتحقق الاستيفاء. قال: وجناية
 عند المرهن
 الراهن على الرهن مضمونة؛ لأنه تفويت حق لازم محترم، وتعلق مثله بالمال يجعل
 حق المرهن
 المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع
 نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث، والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته
 المريض
 ليشتري بها عبداً يقوم مقامه. قال: وجناية المرهن عليه تسقط من دينه بقدرها،
 القدوري
 ومعناه: أن يكون الضمان على صفة الدين؛ وهذا لأن العين ملك المالك، وقد
 قول القدوري
 تعدى عليه المرهن، فيضمنه لمالكه. قال: وجناية الرهن على الراهن والمرهن وعلى
 القدوري
 مالهما: هدر، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: جنائته على المرهن معتبرة، والمراد
 كونهما هدرًا
 بالجناية على النفس: ما يوجب المال،
 نفس الراهن والمرهن

مقصود الأمر: يعني بتسليم الرهن إلى المرهن، فينبغي أن يجعل المستعير في الرهن بمعنى المودع، ليكون
 التسليم إلى المرهن بمنزلة رده إلى صاحبه، فيبرأ من الضمان، وهو صحيح ظاهر إذا كان الاستعمال قبل
 الرهن. (العناية) محترم: وعني باللازم ما لا يقدر على إسقاطه بانفراده، وبالمحترم هو أن يكون غيره ممنوعاً
 عن إبطاله. [العناية ١٢١/٩] صفة الدين: يعني من جنسه جودة ورداءة ويسقط من الدين بقدرها، ولو
 كان بخلاف الجنس يكون رهناً مع الأصل قاله تاج الشريعة. [البنية ٣٦/١٣]
 ما يوجب المال: وهو ما إذا كانت الجناية خطأ في نفس أو فيما دونه، أما الجناية الموجبة للقصاص
 فمعتبرة، أما على المرهن فلا يشكل، وأما على الراهن؛ فلأن المستحق به دمه، والمولى من دمه كأجنبي
 آخر، ألا ترى أن إقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص لا يصح، وبالجناية الموجبة للمال يصح،
 وإقراره على نفسه بالجناية الموجبة للقصاص صحيح، وبالموجبة للمال باطل. [الكفاية ١٢١/٩]

أما الوفاقية؛ فلأنها جناية المملوك على المالك، ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه،
 بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه؛ لأن الملك عند أداء الضمان يثبت
 للغاصب مستنداً، حتى يكون الكفن عليه، فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت.
 ولهما في الخلافية: أن الجناية حصلت على غير مالكة، وفي الاعتبار فائدة،
 المرقن

أما الوفاقية إلخ: يعني أما وجه المسألة التي اتفقوا على حكمها، وهي أن جناية الرهن على الراهن فلأنها
 جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال، بدليل أنه إذا مات وجب الكفن على مولاه، وكل ما كان
 كذلك، فهو هدر؛ لأنه لو جنى على غيره، وجب على مولاه من ماله، فإذا جنى عليه شيء، لكان واجباً
 له عليه، وذلك باطل، ونوقض بالمغصوب إذا جنى على مالكة المغصوب منه، فإنها توجب الضمان،
 وأجاب عنه المصنف بما في الكتاب بقوله: بخلاف إلخ. [العناية ١٢١/٩-١٢٢]

ألا ترى: توضيح لكون العبد مملوكاً وإن كان مرهوناً. جناية المغصوب: فإنها تعتبر عند أبي حنيفة
 مع أن المغصوب مضمون على الغاصب، كما أن المرهون مضمون على المرقن؛ لأن الملك إلخ. (الكفاية)
 فكانت [أي جناية المغصوب على الغاصب] إلخ: أي فتبين أن العبد جنى على غير مالكة فاعتبرت، فأما
 ضمان الرهن وإن تقرر على المرقن، فلا يوجب الملك له في العين، ولهذا لو مات كان الكفن على الراهن،
 فلا يتبين به أن جنائته كانت على غير مالكة، فلهذا كانت هدرًا، فالخاصل: أن المرهون من حيث أنه
 مضمون المالية كالمغصوب، ومن حيث أن عينه أمانة كالوديعة، فباعتبار أنه كالأمانة من وجه يجعل جنائته
 على المالك هدرًا، وباعتبار أنه كالمغصوب يجعل جنائته على الضامن هدرًا. [الكفاية ١٢٢/٩]

في الخلافية: أي في جناية الرهن على المرقن. [الكفاية ١٢٢/٩] غير مالكة: إذ المرقن غير مالك للعين،
 وحصولها على غير المالك يوجب الضمان، كما لو حصلت على أجنبي، فإن قيل: ماليته محتبسة بدينه، فلا فائدة
 في إيجاب الضمان، أجاب عنه بقوله: وفي الاعتبار فائدة، وهو دفع العبد إليه بالجناية، فيعتبر وإن كان يسقط حقه
 في الدين، فإن أبقاه رهناً، وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين، وربما يكون له غرض في ملك العين، فيحصل له
 باعتبار الجناية، وإن لم يكن له غرض في ذلك، بترك لطلب الجناية، ويستبقيه رهناً كما كان. فائدة: لأن موجب
 اعتبار الجناية الدفع إلى المجنى عليه، وللمرقن غرض صحيح في تملك العبد، وإن سقط دينه، فوجب أن يعتبر، وربما
 يكون بقاء الدين مع التزام الفداء أنفع له، ففي إثبات الخيار له توفير النظر عليه. [الكفاية ١٢٢/٩]

وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر، ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن، ودفعاه بالجناية إلى المرتهن، وإن قال المرتهن: لا أطلب الجناية فهو رهنٌ على حاله. وله: أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية؛ لأنها حصلت في ضمانه، فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه، وجنائه على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء؛ لأنه لا فائدة في اعتبارها؛ لأنه لا يملك العبد، وهو الفائدة. وإن كانت القيمة أكثر من الدين، فعن أبي حنيفة رحمته الله: أنه يعتبر بقدر الأمانة؛ لأن الفضل ليس في ضمانه، فأشبهه جناية العبد الودیعة على المستودع، وعنه: أنها لا تعتبر؛ لأن حكم الرهن - وهو الحبس فيه - ثابت، فصار كالمضمون، وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن، أو ابن المرتهن؛ لأن الأملاك حقيقة متباينة، فصار كالجناية على الأجنبي.

ودفعاه: فيه تسامح؛ لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة. (العناية) عليه التطهير إلخ: لأنه مخاطب هو أيضاً بالدفع، أو بالفداء كالراهن، فحينئذ كان حكم الدفع أو الفداء له، وعليه في حق شيء واحد بسبب جناية واحدة، والقول به اشتغال بما لا يفيد، وذلك أن المرتهن في الرهن إذا كانت قيمته مثل الدين بمنزلة المالك في حكم جنائته، ألا ترى أنه لو جنى على غيره كان الفداء على المرتهن بمنزلة ما لو كان مالكا، فكذا في الجناية عليه يجعل كالمالك، فلا يعتبر جنائته عليه. [الكفاية ١٢٣/٩]

لأنه لا فائدة إلخ: أي لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية، فإنه لا يستحق بها الملك، ولكن المستحق بالدين مالية العبد يباع فيه، وذلك مستحق له بدينه، فلا فائدة في اعتبار جنائته على ماله، فلهذا لا يعتبر. [الكفاية ١٢٢/٩] أنه يعتبر: أي إن حكم الجناية يثبت في مقدار الأمانة. (البناءة) وهذا: أي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرًا. [البناءة ٣٨/١٣]

قال: ومن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف إلى أجل، فنقص في السعر، فرجعت قيمته إلى مائة، ثم قتله رجل، وغرم قيمته مائة، ثم حلَّ الأجل: فإن المرهن يقبض المائة قضاءً عن حقه، ولا يرجع على الراهن بشيء، وأصله: أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا، خلافاً لزفر رحمته الله، هو يقول: إن المالية قد انتقصت في يد المرهن فأشبهه انتقاص العين. ولنا: أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس، وذلك لا يعتبر في البيع، في يد المرهن حتى لا يثبت به الخيار، ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان، بخلاف نقصان العين؛ لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه؛ إذ اليد يد الاستيفاء. المرهون استيفاء المرهن الرهن يد المرهن وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر، بقي مرهونا بكل الدين، فإذا قتله حرٌّ، غرم قيمته مائة؛ لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف في ضمان الإتلاف؛ لأن الجابر بقدر الفائت، وأخذه المرهن؛ لأنه بدل المالية في حق المستحق، وإن كان مقابلاً بالدم على أصلنا، حتى لا يُزاد على دية الحر؛ لأن المولى مالية العبد أي المرهن استحقه بسبب المالية، وحق المرهن متعلق بالمالية، فكذا فيما قام مقامه، ثم لا يرجع على الراهن بشيء؛ لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء، وبالهلاك يتقرر، وقيمته كانت في الابتداء ألفاً، المرهن الاستيفاء

لا يوجب إلخ: نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر، فلا يوجب سقوط الدين، ولهذا لو نقص به، وهو باق على حاله، فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرهن الرهن إلى الراهن. [العناية ١٢٢/٩-١٢٣] لا يثبت به الخيار: يعني إذا تغير سعر المشتري قبل القبض، لا يثبت الخيار للمشتري. (الكفاية) ولا في الغصب: يعني لا يعتبر نقصان السعر في الغصب. [الكفاية ١٢٣/٩] لأنه بدل المالية: أي لأن حقه متعلق بمالية الرهن. (البنية) لأن المولى: هذا دليل قوله: لأنه بدل المالية في حق المستحق. (البنية) بشيء: أي بشيء زائد على المالية. [البنية ٣٩/١٣]

فيصير مستوفياً لكل من الابتداء، أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستوفياً الألف بمائة؛
 لأنه يؤدي إلى الربا، فيصير مستوفياً المائة، وبقي تسعمائة في العين، فإذا هلك يصير^{المرهون}
 مستوفياً تسعمائة بالهلاك، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد؛ لأنه يصير مستوفياً^{المرهون}
 الكل بالعبد؛ لأنه لا يؤدي إلى الربا. قال: وإن كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة،
 وقبض المائة قضاءً من حقه، فيرجع بتسع مائة؛ لأنه لما باعه بإذن الراهن صار^{المرهون}
 كأن الراهن استرده وباعه بنفسه، ولو كان كذلك يسبطل الرهن ويبقى الدين،^{فصار المرهون وكيل الراهن}

أو نقول إلخ: دليل آخر، أي لا يمكن أن يجعل المرهون مستوفياً لألف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن،
 وجعلت رهناً مكانه؛ لأنه يؤدي إلى الربا، فيصير مستوفياً المائة، وبقي تسع مائة في العين، فإذا هلك يصير
 مستوفياً تسع مائة بالهلاك، والباقي ظاهر. واعلم أن صورة المسائل ههنا ثلاث، تراجع قيمة الرهن من ألف إلى
 مائة مع قيام عينه بحاله، وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع، وضمان قيمته مائة، وقتل عبد العبد
 المرهون ودفعه به، وأقوال العلماء فيها أيضاً: ثلاثة، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما، فحكم الصورة الأولى
 والثالثة واحداً، وهو أن الراهن يفتكها لجميع الدين بلا خيار. وقول محمد رحمهما، في الأولى كقولهما: وفي الثالثة
 أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالأولى، وبين أن يسلمه إلى المرهون بحاله كالثانية على ما
 يذكره، وقول زفر رحمهما: إن حكم الصورة الأولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها المائة، ويسقط عنه التسع
 مائة قياساً على الصورة الثانية، فإن حكمها أن التسع مائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق، وللمرهون تلك المائة التي
 ضمنها الحر عند حلول الأجل، ووجوه هذه الأقوال مذكورة في الكتاب. [العناية ١٢٣/٩]

إلى الربا: لأن المائة يجوز أن تكون بمقابلتها أكثر من مائة، فلذلك لا يتصور استيفاء جميع الدين بمقابلة المائة،
 فلهذا لو كان القاتل عبداً قيمته مائة، فدفع مكانه يكون رهناً بألف درهم، كالأول عندنا على ما يجيء؛ لأن
 ذلك يجوز أن يكون بمقابلة ألف درهم شراء، فكذلك حبساً بالدين، ويتوهم استيفاء جميع الدين من ماليته
 بأن يزداد قيمته، حتى أن الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة دنائير، فإنه يبقى جميع الدين باعتباره؛ لأنه يتوهم
 استيفاء جميع الدين منه، بأن يحز الدنانير حتى يبلغ قيمة هذه الدنانير ألف درهم. [الكفاية ١٢٣/٩ - ١٢٤]
 أمره: إذا أمر الراهن المرهون ببيع العبد الرهن المذكور. [البنية ٤٠/١٣]

إلا بقدر ما استوفى كذا هذا. قال: وإن قتل عبد قيمته مائة، فدفعت مكانه: افتكّه بجميع الدين، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ^{رحمهما} ^{عندك} ^{المرقن} وقال محمد ^{رحمته}: هو بالخيار، إن شاء افتكّه بجميع الدين، وإن شاء سلّم العبد المدفوع إلى المرقن بماله، وقال زفر ^{المرقن} ^{الراهن} ^{رحمته}: يصير رهناً بمائة، له: أن يد الرهن يد استيفاء، وقد تقرر بالهلاك، إلا أنه أخلف بدلاً بقدر العشر، فيبقى الدين بقدره. ولأصحابنا على زفر ^{رحمته}: أن العبد الثاني قام مقام الأول لحماً ودماً، ولو كان الأول قائماً وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا؛ لما ذكرنا، فكذا إذا قام المدفوع مكانه. ولمحمد ^{رحمته} في الخيار: أن المرهون تغير في ضمان المرقن، فيخير الراهن ^{الثاني} كالمبيع إذا قتل قبل القبض، والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب يُخير المشتري والمغصوب منه، كذا هذا. ولهما: أن التغير لم يظهر في نفس العبد؛ لقيام الثاني مقام الأول لحماً ودماً كما ذكرناه مع زفر ^{رحمته}.

وإن قتل: أي فإن قتل العبد المرهون الذي كان يساوي ألفاً بألف في ابتداء الرهن ثم نقص سعره فرجعت قيمته إلى مائة فقتله عبد مثله. [البنية ٤٠/١٣] بماله: أي بدينه ولا شيء عليه. لحماً ودماً: يعني صورة ومعنى، أما صورة فظاهر، وأما معنى؛ فلأن القاتل كالمقتول في الآدمية، والشرع يعتبره جزءاً من حيث الآدمية دون المالية، ألا ترى إلى استوائهما في حق القصاص، فكذا في حق السدفع أيضاً. (العناية) لما ذكرنا: إشارة إلى قوله: ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس إلخ. [العناية ١٢٤/٩] إذا قتل إلخ: أي إذا قتلها عبد ودفعت مكانهما، وإنما قيد فيهما بالقتل؛ لأن سعرهما لو نقص مما كان عليه وقت البيع والغصب لا خيار للمشتري والمغصوب منه، بل يأخذهما من غير خيار، أما لو قتلها عبد فدفعت مكانهما يتخير المشتري بين أن يأخذهُ بكل الثمن، وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع، وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع، وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب. [الكفاية ١٢٤/٩-١٢٥] مقام الأول: ولذا افتكّه بجميع الدين لا بالمائة.

وعين الرهن أمانة عندنا، فلا يجوز تملكه منه بغير رضاه، ولأن جعل الرهن بالدين ^{عند المرهّن} حكم جاهلي، وأنه منسوخ، بخلاف البيع؛ لأن الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع، وبخلاف الغصب؛ لأن تملكه بأداء الضمان مشروع، ولو كان العبد تراجع سعره، حتى صار يساوي مائة، ثم قتله عبدٌ يساوي مائة، فدفعت به: فهو على هذا الخلاف. وإذا قتل العبدُ الرهن قتيلاً خطأً، فضمان الجناية على المرهّن، وليس له أن يدفع؛ لأنه لا يملك التملك. ولو فدى: ^{أي دين المرهّن} ظهر المحل، فبقي الدين على حاله، ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء؛ لأن الجناية حصلت في ضمانه، فكان عليه إصلاحها. ولو أبى المرتهن أن يفدي، قيل للراهن: إُدفع العبد، أو ائده بالدية؛ لأن الملك في الرقبة قائم له، وإنما إلى المرهّن الفداء؛ لقيام حقه، فإذا امتنع عن الفداء: يطالب الراهن بحكم الجناية، ومن حكسها التخيير بين الدفع والفداء.

فلا يجوز تملكه: أي بغير رضا المرهّن. (البنية) وأنه منسوخ: يعني بقوله ^{عنه}: "لا يغلق الرهن ثلاثاً". (العناية) بخلاف البيع: هذا جواب عن قياس محمد بالبيع، بيانه: أن القياس بالبيع في الخيار لا يصح. [البنية ٤٢/١٣] ولو كان إلخ: قيل في بعض الشروح: هذا تكرار لامحالة؛ لأن وضع المسألة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة، فقتله عبد قيمته مائة، فدفعت به، وقد ذكر الخلاف فيه، فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه، فهو على هذا الخلاف. [العناية ١٢٥/٩] فضمان الجناية إلخ: يعني إذا كانت القيمة والدين سواء، أما إذا كانت القيمة أكثر فسيأتي، وإنما كانت الجناية عليه؛ لأن العبد في ضمانه. [العناية ١٢٥/٩] على المرهّن: وإنما بدئ بالمرهّن؛ لأننا لو خاطبنا الراهن، من الجائز أن يختار الدفع فيمنعه المرهّن من ذلك؛ لأن له أن يقول: أنا أفدي حتى أصلح رهنه. [الكفاية ١٢٥/٩] ظهر المحل: أي ظهر العبد عن الجناية. [البنية ٤٢/١٣]

قال: فإن اختار الدفع: سقط الدين؛ لأنه استُحقَّ لمعنى في ضمان المرتهن، فصار كالهلاك، قال: وكذلك إن فدى؛ لأن العبد كالحاصل له ^{وهو الجناية} بعوضٍ كان على المرتهن، وهو الفداء، بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً، أو استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن بالدفع، أو الفداء في الابتداء؛ لأنه غير مضمون على المرتهن، فإن دفع: خرج من الرهن، ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء، وإن فدى: فهو رهن مع أمه على حالهما. قال: ولو استهلك العبدُ المرهون مالاً يَسْتَغْرِقُ رَقَبَتَهُ، فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد: فدينه على حاله، كما في الفداء، وإن أبى قيل للراهن: بعه في الدين، إلا أن يختار أن يؤدِّي عنه، فإن أدَّى: بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء، وإن لم يؤدِّي، وبيع العبد فيه: يأخذ صاحبُ دين العبد دينه؛ لأن دين العبد مقدَّم على دين المرتهن، وحق ولي الجناية؛ لتقدمه على حق المولى.

فصار كالهلاك: والجامع: زوال ملك الراهن عن الرهن في ضمان المرتهن. (الكفاية) على المرتهن: وهو الفداء، وإذا كان على المرتهن، فقد أداه الراهن، فيجب للراهن على المرتهن مثل ما أدى إلى ولي الجناية، وللمرتهن على الراهن دين، فالتقيا قصاصاً، فيسلم الرهن للراهن، ولا يكون الراهن متبرعاً في أداء الفداء؛ لأنه يسعى في تخليص ملكه كمعير الراهن. [الكفاية ١٢٥/٩] فإن دفع: أي الراهن إلى المرتهن. [البنية ٤٣/١٣] كما في الفداء: أي كما ينبغي الدين على حاله إذا فداه. (البنية) ولي الجناية: بالجر معطوف على دين المرتهن، يعني أن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وعلى حق ولي الجناية أيضاً، حتى لو جنى العبد المديون دفع إلى ولي الجناية، ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الدييات. [العناية ١٢٦/٩] حق المولى: أي لتقدم دين العبد على حق المولى، وإذا كان مقدماً على حق المولى كان مقدماً على حق من يقوم مقامه، وهو المرتهن، وولي الجناية، فإن المرتهن مقام المولى في المالية، وولي الجناية في ملك العين. [العناية ١٢٦/٩]

قال: **فإن فضل شيء**، ودينٌ غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر: فالفضل للراهن، وبطل دين المرتهن؛ لأن الرقبة ^{الواو حالبة} استحققت لمعنى هو في ضمان المرتهن، فأشبهه الهلاك، وإن كان دين العبد أقل: سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد، وما فضل من دين العبد يبقى رهناً كما كان. ثم إن كان دين المرتهن قد حل: أخذ به؛ لأنه من جنس حقه، وإن كان لم يحل: أمسكه حتى يحل، وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم: أخذ الثمن، ولم يرجع بما بقي على أحد، حتى يعتق العبد؛ لأن الحق في دين ^{الغريم} الاستهلاك يتعلق برقبته، وقد استوفيت، فيتأخر إلى ما بعد العتق. ثم إذا أدى بعده ^{العبد الباقي العتق} لا يرجع على أحد؛ لأنه وجب عليه بفعله: وإن كانت قيمة العبد ألفين، وهو رهن بألف، وقد جنى العبد، يقال لهما: افدياه؛ لأن النصف منه مضمون، والنصف أمانة، والراهن والمرتهن ^{العبد} والفداء في المضمون على المرتهن، وفي الأمانة على الراهن، فإن أجمعا على الدفع: دفعاه، وبطل دين المرتهن، **والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن؛** ^{دفع العبد}

فإن فضل شيء إلخ: [أي ثمن العبد الذي بيع. (البنية)] أقول: فيه شيء، وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله: فإن فضل شيء إلخ، من متفرعات المسألة السابقة، وهي قوله: ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته، ولا يذهب على ذي مسكة أن المال المستهلك إذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذي بيع، فيلزم أن لا ينتظم المعنى اللهم إلا أن يكون قوله: فإن فضل شيء إلخ، مسألة مباينة للمسألة الأولى مقابلة لها لا متفرعة عليها، ويكون الفاء في قوله: فإن فضل إلخ مجرد الترتيب الذكري، كما تستعمل الفاء في هذا المعنى أيضاً على ما عرف في علم الأدب. [فتح تقدير ١٢٧/٩]

استوفيت: أي الرقبة: قد استحققت بسبب كان في يده. [البنية ٤٥/١٣] **والدفع لا يجوز إلخ:** لأن الدفع تمليك، وهو لا يملك التملك، والمراد به أن الراهن دفع، ورضي به المرتهن.

لما بيناه، وإنما منه الرضا به، فإن تشاحاً: فالقول لمن قال: أنا أفدي، راهناً كان أو مرتهنًا. أما المرتهن؛ فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن، وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن، وكذا في جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن: أنا أفدي له ذلك، وإن كان المالك يختار الدفع؛ لأنه إن لم يكن مضموناً، فهو محبوس بدينه، وله في الفداء غرض صحيح، ولا ضرر على الراهن، فكان له أن يفدي، وأما الراهن؛ فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع؛ لما بينا، فكيف يختاره؟ ويكون المرتهن في الفداء متطوعاً في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن؛ لأنه يمكنه أن لا يختاره، فيخاطب الراهن، فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعاً، وهذا على ما روي عن أبي حنيفة رحمته الله،

لما بيناه: وهو قوله: لأنه لا يملك التملك. (الكفاية) فإن تشاحاً: بأن قال المرتهن: أنا أفدي، أو قال المرتهن: أنا أدفع، أو على العكس. (الكفاية) فلأنه ليس إلخ: أي لأن الراهن إذا قال: أنا أدفع، فالراهن بالدفع يسقط حق المرتهن، والمرتحن بقوله: أنا أفدي لا يسقط حق الراهن، بل يحفظ حق نفسه من غير إضرار بالراهن، فلذلك كان اختيار المرتحن الفداء أولى. (الكفاية) بدينه: أي بدين المرتحن أي وللمرتحن. (البنية) غرض صحيح: وهو زيادة التوثق لاستيفاء دينه. [الكفاية ١٢٧/٩]

وأما الراهن إلخ: أي لو قال الراهن أنا أفدي، وقال المرتحن: أنا أدفع، فليس الدفع إلى المرتحن، ولا فائدة أيضاً في اختيار المرتحن الدفع؛ لأنه يسقط دينه بالدفع كما يسقط بالفداء، وفي الدفع أسقاط حق الراهن في الرقبة، وله غرض صحيح في استيفاء الرقبة بالفداء، فكان في اختيار المرتحن الدفع تفويت غرض الآخر من غير فائدة، فلا يعتبر. [الكفاية ١٢٧/٩] لما بينا: يعني أن الرقبة ليست له، فكيف يملكها من غيره. [البنية ٤٦/١٣]

لأنه يمكنه إلخ: أي لأن المرتحن بإمكانه أن لا يختار الفداء. (البنية) فلما التزمه إلخ: أي فلما التزم الفداء المرتحن مع تمكنه الفداء يكون متبرعاً. [البنية ٤٦/١٣] ما روي إلخ: وفي "المبسوط": أبو حنيفة رحمته الله يقول: المرتحن أحد من يطالب بالفداء في هذه الحالة، فلا يكون متبرعاً فيه كالراهن، وهذه النكتة تقتضي أن لا يكون متبرعاً حالة الحضر أيضاً، وروي عنه على عكس هذا، أنه لا يصير متبرعاً حالة الحضر، ويكون متبرعاً حالة الغيبة؛ =

أنه لا يرجع مع الحضور، وسنين القولين إن شاء الله تعالى. ولو أبى المرتهن أن يفدي، وفداه الراهن: فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه؛ لأن سقوط الدين أمرٌ لازم فدى أو دفع، فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعاً، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين، أو أكثر: بطل الدين، وإن كان أقل: سقط من الدين بقدر نصف الفداء، وكان العبد رهناً بما بقي؛ لأن الفداء في النصف كان عليه، فإذا أدّاه الراهن، وهو ليس بمطوع: كان له الرجوع عليه، فيصير قصاصاً بدينه كأنه أوفى نصفه، فيبقى العبد رهناً بما بقي. ولو كان المرتهن فدى، والراهن حاضر: فهو متطوع، وإن كان غائباً: لم يكن متطوعاً،

= لأن المرتهن لا يخاطب بالدفع حال غيبة الراهن، ولا يمكنهم الأخذ منه، فيكون متبرعاً في الفداء وحالة الحضر فالجنى عليه يخاطبها بالدفع أو الفداء، فلا يتوصل إلى الحبس إلا بالفداء، فلا يكون متبرعاً كصاحب العلو إذا بنى السفلى، ثم بنى العلو عليه لا يكون متبرعاً، فهذا مثله. [الكفاية ١٢٧/٩]

وسنين القولين: أي قول أبي حنيفة رحمته وقول مخالفه، وهو ما ذكر بعد هذا بخطوط في قوله: ولو كان المرتهن فدى، والراهن حاضر، فهو متطوع، وإن كان غائباً لم يكن متطوعاً، وهو قول أبي حنيفة رحمته إلخ. (الكفاية) أمر لازم: لأن موجب الجنابة الدفع أو الفداء، وعلى التقديرين يسقط الدين على ما ذكر في الكتاب أنه إن اختار الدفع سقط الدين؛ لأنه استحق لمعنى في ضمان المرتهن، فصار كالهلاك، وكذلك إذا فدى؛ لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن، وهو الفداء، فيكون سقوط الدين من اللوازم، فلم يتمكن الراهن من الخروج عن موجب الجنابة لا وسقوط دين المرتهن يلزمه، فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعاً؛ لأنه قصد به تطهير ملكه عن الجنابة، وهو محتاج إلى ذلك، فلا يكون متبرعاً في نصيب المرتهن، كمعير الرهن إذا قضى الدين، ثم إن رد عليه المرتهن نصف الفداء، بقي مرهوناً كما لو فدياه به وإن أبى ذلك، ونصف الفداء مثل الدين أو أكثر فقد خرج من الرهن؛ لأن المرتهن حين أبى الفداء رضي بإتوائه، فيجعل في حقه كأنه هلك. [الكفاية ١٢٨/٩]

وإن كان غائباً إلخ: ذكر الغيبة مطلقاً، وكذا في "الإيضاح" و"المبسوط"، وشرط في "الأسرار": أن يكون الغيبة منقطعة. [الكفاية ١٢٨/٩]

وهذا قول أبي حنيفة رحمته الله، وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمته الله: المرهن متطوع في الوجهين؛ لأنه فدى ملك غيره بغير أمره، فأشبهه الأجنبي. وله: أنه إذا كان الراهن ^{الحضور والغيبة} حاضراً أمكنه مخاطبته، فإذا فداه المرهن، فقد تبرع كالأجنبي، فأما إذا كان الراهن غائباً تعذر مخاطبته، والمرهن يحتاج إلى إصلاح المضمون، ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة، فلا يكون متبرعاً. قال: وإذا مات الراهن: باع وصيه الرهن وقضى الدين؛ لأن الوصي ^{القدوري} قائم مقامه، ولو تولى الموصي ^{التصرف} حياً بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرهن، فكذا لو صيّه. وإن لم يكن له وصي: نصب القاضي له وصياً، وأمره ببيعه؛ لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم، والنظر في نصب الوصي، ليؤدي ما عليه لغيره، ويستوفي ماله من غيره. وإن كان على الميت دين، فله الرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه: لم يجز، وللاّخرين أن يردّوه؛ لأنه أثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي، فأشبهه الإيثار بالإيفاء الحقيقي. فإن قضى دينهم قبل أن يردّوه: جاز؛ لزوال المانع لوصول حقهم إليهم، قال ولو لم يكن للميت غريم آخر: جاز الرهن؛ اعتباراً بالإيفاء الحقيقي. قال وبيع في دينه؛ لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده. قال وإذا ارهن الوصي بدين للميت على رجل: جاز؛ لأنه استيفاء، وهو يملكه. قال رحمته الله: وفي رهن الوصي تفصيلاً نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى.

بالإيفاء الحكمي: لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء حكماً. [الكفاية ١٢٨/٩] الإيثار: أي إيثار بعض الغرماء. جاز: أي عقد الرهن، وهذا كالراهن إذا باع لا ينفذ بيعه لحق المرهن، وإن قضى الراهن دينه، ينفذ البيع. [الكفاية ١٢٨/٩]

فصل

قال: ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة، فتخمر ثم صار خلاً يساوي عشرة، فهو رهن بعشرة؛ لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن؛ إذ المحلية بالمالية فيهما، والخمر وإن لم يكن محلاً للبيع ابتداءً، فهو محل له بقاء، حتى إن من اشترى عصيراً، فتخمر قبل القبض يبقى العقد، إلا أنه يتخير في البيع؛
المشتري

فصل: هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب، فلذلك أخره استداركاً لما فات فيما سبق. [نتائج الأفكار ١٢٨/٩-١٢٩] رهن بعشرة: ذكر صاحب "المحيط": هذا إذا لم ينقص من الوزن شيء، فأما إذا نقص سقط من الدين بقدر النقصان، ويكون هو رهناً بما بقي من الدين، وقوله: ثم صار خلاً يساوي عشرة، هذا القيد وقع اتفاقاً؛ لأن انتقاص القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين إذا بقي القدر على حاله، كما لو انكسر القلب، وبقي الوزن على حاله. [الكفاية ١٢٩/٩]

يكون محلاً إلخ: اعلم أن العصير المرهون إذا تخمر، فإما أن يكون الراهن والمرهّن مسلمين أو كافرين، أو يكون الراهن وحده مسلماً أو بالعكس، فإن كانا كافرين، فالرهن بحاله تخلل، أو لم يتخلل، وفي الأقسام الباقية إن تخلل فكذا، وإليه يلوح إطلاق المصنف رحمته حيث قال: ثم صار خلاً يعني بنفسه، وإن لم يتخلل بنفسه، فهل للمرهّن أن يخلله أو لا، ففيه تفصيل، إن كانا مسلمين أو كان الراهن مسلماً جاز تحليله؛ لأن المالية وإن تلفت بالتخمير بحيث لا يضمن، وذلك يسقط الدين، لكن إعادة ممكنة بالتخلل، فصار كتخليص الراهن من الجناية، وللمرهّن ذلك. وإذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة إليهم، فلا يجوز في المرهّن الكافر أولى؛ لأنها محل بالنسبة إليه، وأما إذا كان الراهن كافراً، فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله؛ لأن صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه، فليس للمرهّن المسلم تحليلها، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خللها؛ لأنه صار غاصباً بما صنع كما لو غصب خمر ذمي، فخللها، فخلل له، وتقع المقاصة إن كان الدين من جنس القيمة، ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه. [العناية ١٢٩/٩]

يبقى العقد إلخ: وذلك لأن الخمر مال، إلا أنه ليس بمقوم، فبالنظر إلى جهة المالية يقتضي المحلية، والنظر إلى أنه ليس بمقوم يقتضي انعدام المحلية، فعملنا بالشبهين، فقلنا: بأنه ليس بمحل ابتداءً، وأنه محل بقاء، ولم نُقل بالعكس؛ لأن ما يكون محلاً للابتداء فهو محل للبقاء، فإن البقاء أسهل من الابتداء، فلا يمكن اعتبار الشبهين. [الكفاية ١٢٩/٩]

لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب. ولو رهن شاة قيمتها عشرة عشرة، فمات، فدبغ جلدها، فصار يساوي درهماً، فهو رهن بدرهم؛ لأن الرهن يتقرر بالهلاك، فإذا ^{المؤمن} حيي بعض المحل: يعود حكمه بقدره، بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض، فدبغ ^{الراهن} جلدها حيث لا يعود البيع؛ لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود، أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه، ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع، ويقول: يعود البيع. قال: ونماء الرهن للراهن، وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف؛ لأنه متولد من ملكه، ويكون رهناً مع الأصل؛ لأنه تبع له، والرهن حق لازم، فيسري إليه. فإن هلك يهلك بغير شيء؛ لأن الأتباع لا قسطن لها مما يقابل بالأصل؛ لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً؛ إذ اللفظ لا يتناولها. قال وإن هلك الأصل وبقي النماء: افتكه الراهن بحصته، ^{الأتباع}

إذا تعيب: المبيع قبل القبض. [البنية ١٣/٥٠] رهن بدرهم: هذا إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهماً، وأما إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهين كان الجلد رهناً بدرهين، وإنما يعرف هذا فيما إذا نظر إلى قيمة الجلد، وإلى قيمة اللحم يوم الارتقان، فإن كانت قيمة اللحم تسعة، وقيمة الجلد درهماً كان الجلد رهناً بدرهم، وإنما يعرف إذا نظر إلى قيمة الشاة حية، وإلى قيمتها مسلوخة، فإن كانت قيمتها حية عشرة، وقيمتها مسلوخة تسعة، علم أن قيمة الجلد درهم يوم الرهن؛ لأن بإزاء كل درهم من الشاة درهم من الدين، فيسقط من الدين تسعة، ويبقى الجلد رهناً بدرهم إلخ. [الكفاية ١٢٩/٩ - ١٣٠] ويكون رهناً: على معنى أنه يحبس كما يحبس الرهن. (الكفاية) حق لازم: أي متأكد بحيث لا اختيار فيه. [الكفاية ١٣٠/٩] ألا ترى أن الراهن لا يملك إبطاله، بخلاف ولد الجارية الجنابة حيث لا يسري حكم الجنابة إلى الولد، ولا يتبع أمه فيه؛ لأن الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء. تحت العقد: أي العقد الوارد على الأصل مقصوداً. [الكفاية ١٣١/٩] إذ اللفظ: أي لفظ الجارية، أو الشاة. بحصته: أي بحصة من الدين؛ لأنه صار مقصوداً بالفكاك، والتبع إذا صار مقصوداً يكون له قسط، كولد المبيع لا حصة له من الثمن، ثم إذا صار مقصوداً بالقبض، صار له حصته، حتى إذا هلك الأم قبل القبض، وبقي الولد كان للمشتري أن يأخذ الولد بحصته من الثمن، ولو هلك قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن.

يُقَسَّم الدين على قيمة الرهن يوم القبض، وقيمة النماء يوم الفكك؛ لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض، والزيادة تُصير مقصودة بالفكك إذا بقي إلى وقته، والتَّبَع يُقابله شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع، فما أصاب الأصل: يسقط من الدين؛ لأنه يقابله الأصل مقصوداً، وما أصاب النماء: افتكّه الراهن؛ لما ذكرنا، وصور المسائل على هذا الأصل تخرُّج، وقد ذكرنا بعضها في "كفاية المنتهي"، وتماه في "الجامع" و"الزيادات". ولو رهن شاة بعشرة، وقيمتها عشرة، وقال الراهن للمرتهن: احلب الشاة، فما حلبت فهو لك حلال، فحلب وشرب: فلا ضمان عليه في شيء من ذلك. أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر؛ لأنها إطلاق وليس بتملك، فتصح مع الخطر. قال: ولا يسقط شيء من الدين؛

تصير إلخ: وذلك لأن الزيادة لا تصير مقصودة إلا بفعل حسي كما ذكرنا، ولا فعل ههنا سوى الفكك، فيصير مقصوداً به. (الكفاية) مقصودة: لأنه إنما صار مضموناً به، ولو هلك قبله هلك مجاناً. (العناية) يقابله شيء: والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكك، فيخصه شيء من الدين. [العناية ١٣٢/٩] كولد المبيع: لا يكون لولد المبيع حصة من الثمن إذا صار مقصوداً بالقبض. [الكفاية ١٣١/٩] لما ذكرنا: أي لكونه مقصوداً بالفكك، وتفسيره: إذا كانت قيمة الأصل ألفاً، والولد يساوي ألفاً، فالدين نصفان في الظاهر، فإن مات الولد ذهب بغير شيء، ويبقى الدين بإزاء الأم، وإن ماتت الأم، وبقي الولد، فإن افتكّه افتكّه بنصف الدين، وإن هلك الولد بعد موت الأم ذهب بغير شيء، وذهب كل الدين بموت الأم. [الكفاية ١٣١/٩-١٣٢] هذا الأصل تخرج: يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض والفكك. [العناية ١٣٢/٩] الزيادات: وفي ذلك كثرة وتطويل، فأعرض عنها المصنف ههنا. [البناء ٥٣/١٣] تعليقها بالشرط: يريد بالشرط قوله: فما حلبت، فإن كلمة ما تضمنت معنى الشرط، ولهذا دخل الفاء في خبرها. [العناية ١٣٢/٩]

لأنه أتلفه بإذن المالك. فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرهن: قسّم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة، فما أصاب الشاة: سقط، وما أصاب اللبن: أخذه المرهن من الراهن؛ لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرهن، والفعل حصل بتسليط من قبله، فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه، فكان مضموناً عليه، فيكون له حصته من الدين، فبقي بحصته، وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله، وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس. قال: وتجوز الزيادة في الرهن، ولا تجوز في الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما، ولا يصير الرهن رهناً الدين بها، وقال أبو يوسف رحمته: تجوز الزيادة في الدين أيضاً، وقال زفر والشافعي رحمهما: لا تجوز فيهما، الرهن والدين

لأنه أتلفه إلخ: ولو فعل ذلك بغير إذن الراهن وجب عليه الضمان، فيكون رهناً عند المرهن ومحبوساً بالدين مع الشاة، وكذلك لو فعل الراهن ذلك بنفسه بغير إذن المرهن ضمن قيمته، وتكون القيمة رهناً عند المرهن مع الشاة، ثم التقييد بالشاة إنما تظهر فائدته في جانب الضمان فيما إذا حلبها بغير إذنه، حتى أن المرهون لو كان أمة، فأرضعت صبي المرهن بغير إذن الراهن لم يحتسب به؛ لأن لبن الآدمي لا ثمن له. [الكفاية ١٣٢/٩] أخذه المرهن إلخ: لأن إتلاف المرهن انتقل إلى الراهن؛ لما كان بإذنه، وصار الراهن مسترداً؛ لما أتلفه المرهن. على هذا القياس: يعني إن كان بإذن الراهن لا يضمن، وإن كان بغير إذنه يضمن، ولا يعلم فيه خلاف، ويكون ضمانه رهناً عندنا. [البنية ٥٤/١٣] وتجوز الزيادة إلخ: مثل أن يرهن ثوباً بعشرة يساوي عشرة، ثم يزيد الراهن ثوباً آخر ليكون مع الأول رهناً بعشرة، جاز عند علمائنا رحمهم. [العناية ١٣٢/٩]

في الدين: صورة الزيادة في الدين: هو أن يزيد ديناً على الدين الأول على أن يكون الرهن الأول رهناً بالدينين، وهو غير جائز. ولا يصير الرهن إلخ: يعني أن المراد بقولهم: إن الزيادة في الدين لا تصح: أن الرهن لا يكون رهناً بالزيادة، بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق، وأما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة؛ لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجماعاً. لا تجوز فيهما: لأنه يؤدي إلى الشيوع؛ لأنه لا بد للرهن الثاني من أن يكون له حصة من الدين، فيخرج الرهن الأول بقدر من أن يكون رهناً أو مضموناً، وذلك شائع، والشيوع يفسد الرهن.

والخلاف معهما في الرهن والتمن والتمن والمهر والمنكوحة سواء، وقد ذكرناه في البيوع. ولأبي يوسف ^{زيادة الرهن} في الخلافية الأخرى: أن الدين في باب الرهن كالتمن في البيع، والرهن كالتمن، فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع، والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان. ولهما - وهو القياس - أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن، وهو غير مشروع عندنا، والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين، وهو غير مانع من صحة الرهن، ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمس مائة من الدين جاز، وإن كان الدين ألفاً، وهذا شيوع في الدين،

والمنكوحة: أي في زيادة المنكوحة، بأن زوج المولى أمته من رجل بمهر مقدر، ثم زوج المولى أمة أخرى منه بذلك المهر وقبل الزوج يصح، وينقسم الألف عليهما. [الكفاية ١٣٣/٩] في البيوع: أي في الفصل الذي ذكره في باب المراجعة والتولية. (الكفاية) الخلافية الأخرى: وهو قوله: وقال أبو يوسف ^{رحمته}: تجوز الزيادة في الدين أيضاً. (الكفاية) كالتمن إلخ: حتى يكون الرهن محبوساً بالدين مضموناً به كالبيع بالتمن، ثم الزيادة في الرهن ملحقة بأصل العقد، فكذا الزيادة في الدين كالزيادة في المبيع والتمن. [الكفاية ١٣٣/٩] كما في البيع: أي كما تجوز الزيادة في الثمن والمبيع في البيع. [البناءة ٥٥/١٣] الالتحاق إلخ: ففي الثمن إنما يصح بالتحاقها بأصل العقد، فإنه لولا ذلك، لما صحت الزيادة ثمنًا، فكذا الزيادة في المبيع تصح لهذا الوصف أيضاً، والدين مع الرهن كالتمن مع المبيع، ويجوز الزيادة في الرهن بالتحاق الزيادة بأصل العقد، فكذا الزيادة في الدين بجامع الحاجة والإمكان، فإن الحاجة تمس إلى الزيادة في الدين كما تمس إلى الزيادة في الرهن، بأن يكون في مالية الرهن فضل على الدين، ويحتاج الراهن إلى مال آخر، فيجعلانه رهناً بهما. وأما الإمكان؛ فلأن العقد بعد الالتحاق يتغير من وصف مشروع إلى وصف مشروع، بأن يصير قيمة الرهن مثل الدين أو أقل، وأنه مشروع في الابتداء، فكذا في الانتهاء. (الكفاية) في الدين: لأن بعض الرهن يفرغ من الدين الأول؛ ليثبت فيه ضمان الدين الثاني، فبقي حكم الأول في البعض مشاعاً، والشيوع في الرهن يمنع صحة الرهن، فأما الزيادة في الرهن فتؤدي إلى الشيوع في الدين؛ لأن بعض الدين يتحول ضمانه من الرهن الأول إلى الثاني، والشيوع في الدين لا يضر كما لو رهنه بنصف الدين رهناً. [الكفاية ١٣٣/٩]

والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين؛ لأنه غير معقود عليه ولا معقود به، بل وجوبه سابق على الرهن، وكذا يبقى بعد انقراضه، والالتحاق بأصل العقد في بدلي ^{الدين} العقد، بخلاف البيع؛ لأن الثمن بدل يجب بالعقد، ثم إذا صحّت الزيادة في الرهن - ^{معقود عليه وبه} وتسمى هذه زيادة قصدية -: يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت، حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمس مائة، وقيمة الأول يوم القبض ألفاً، والدين ألفاً: يقسم الدين أثلاثاً في الزيادة ثلث الدين، وفي الأصل: ثلثا الدين؛ اعتباراً بقيمتيهما في وقتي الاعتبار؛ وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض، فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض، وإذا ولدت المرهونة ولدًا، ^{أي وتي قبضهما}

والالتحاق [إفساد للجامع الذي ذكره أبو يوسف. (العناية)] إلخ: يعني أن الالتحاق بأصل العقد في المعقود عليه، أو المعقود به، والدين ليس بمعقود عليه، ولا معقود به؛ لأن المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد، والدين كان واجباً قبل عقد الرهن بسببه، ويبقى بعد فسخ الرهن، فلا يمكن إثبات الزيادة فيه ملتحقاً بأصل العقد، وأما الرهن فمعقود عليه؛ لأنه لم يكن محبوساً قبل عقد الرهن، ولا يبقى محبوساً بعد عقد الرهن، فالزيادة في الرهن زيادة في المعقود عليه، فيلتحق بأصل العقد، والثمن يجب بالعقد، فيكون معقوداً به، فوضح الفرق. [الكفاية ١٣٣/٩] وتسمى هذه إلخ: أي الزيادة في الرهن زيادة قصدية، بخلاف نماء الرهن، فإن ذلك زيادة في الرهن، وليست بقصدية، بل هي زيادة ضمنية، ويختلفان حكماً أيضاً، فإن الدين يقسم على قيمة الزيادة في الرهن يوم القبض، وقيمة النماء يوم الفكاك. [الكفاية ١٣٣/٩ - ١٣٤]

على قيمة الأول: وفي بعض النسخ: على قيمة الأصل. [البناءة ٥٦/١٣]

وإذا ولدت إلخ: يعني إذا رهن جارية بألف تساوي ألفاً، فولدت ولداً يساوي ألفاً، فقال الراهن: زدتك هذا العبد مع الولد رهناً، وهو أيضاً يساوي ألفاً جاز العقد، ويكون العبد رهناً مع الولد دون الأم، فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك، وإلى قيمة الأم يوم العقد، فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك، وقيمة العبد يوم قبضه؛ لأنه دخل في ضمانه بالقبض، فإن مات الولد بعد الزيادة بطلت؛ لأنه إذا هلك خرج من العقد، وصار كأن لم يكن، فبطل الحكم في الزيادة. [العناية ١٣٤/٩]

ثم إن الراهن زاد مع الولد عبداً، وقيمة كل واحد ألف: فالعبد رهن مع الولد خاصة، يقسم ما في الولد عليه، وعلى العبد الزيادة؛ لأنه جعله زيادةً مع الولد دون الأم. ولو كانت الزيادة مع الأم: يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، فما أصاب الأم: قسم عليها، وعلى ولدها؛ لأن الزيادة دخلت على الأم. قال: فإن رهن عبداً يساوي ألقاً بألف، ثم أعطاه عبداً آخر قيمته ألف رهناً مكان الأول: فالأول رهن حتى يردّه إلى الراهن، والمرهّن في الآخر أمين، حتى يجعله مكان الأول؛ لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين، وهما باقيان، فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقياً، وإذا بقي الأول في ضمانه: لا يدخل الثاني في ضمانه؛ لأنهما رضا بدخول أحدهما فيه، لا بدخولهما، فإذا ردّ الأول دخل الثاني في ضمانه، ثم قيل: يشترط تجديد القبض؛ لأن يد المرهّن على الثاني يد أمانة، ويد الرهن يد استيفاء وضمان،

وقيمة كل واحد: من العبد والولد والجارية. الزيادة مع الأم: بأن قال الراهن: زدتك هذا العبد مع الأم. [العناية ١٣٤/٩] قسم عليها إلخ: لأن الزيادة إذا دخلت على الأم، فكأنها كانت في أصل العقد، فيكون الولد داخلاً في حصة الأم خاصة، فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها، وبقي الولد والزيادة بما فيها؛ لأن بهلاك الأم يتقرر الضمان، فلا يبطل الحكم في الزيادة، بخلاف الزيادة في الولد، ولو مات الولد بعد الزيادة، ذهب بغير شيء، فكان العبد زيد في الأم ولا ولد معها. [الكفاية ١٣٤/٩] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البناءة ٥٧/١٣] ما دام الدين باقياً: هذا احتراز عن الإبراء على ما يجيء، فإن بالإبراء يرتفع الضمان، وإن لم ينقض القبض بالرد إلى الراهن حتى لو هلك يهلك بغير شيء. [الكفاية ١٣٤/٩]

فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياذ، فاستوفي زيوفاً ظنّها جياذاً، ثم علم بالزيافة،
وطالبه بالجياذ وأخذها: ^{يد الأمانة يد الضمان} **فإن الجياذ أمانة في يده ما لم يردّ الزيوف، ويجدد القبض،**
وقيل: لا يشترط؛ لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل، وقبض الأمانة ينوب
عن قبض الهبة، ولأن الرهن عينه أمانة، والقبض يردّ على العين، فينوب قبض الأمانة
عن قبض العين. ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد
المرتهن: يهلك بغير شيء استحساناً **خلافاً لزفر؛ لأن الرهن مضمون بالدين، أو بجهته**
عند توهم الوجود كما في الدين الموعود، ولم يبقَ الدين بالإبراء، أو الهبة،
ولا جهته لسقوطه، إلا إذا أحدث منعاً؛ لأنه يصير به غاصباً؛ إذ لم تبق له ولاية المنع.

عن قبض الراهن المنع

فإن الجياذ أمانة إلخ: لا يقال: بأن حقه في الجياذ دون الزيوف، فينبغي أن يكون الزيوف أمانة، دون
الجياذ؛ لأننا نقول: لما قبض الزيوف أولاً وقع الاستيفاء لأصل حقه، ولكن فات الوصف، ولهذا لو تجوز به
يتم الاستيفاء، فإذا حصل قبض الزيوف أصل الاستيفاء يكون الجياذ أمانة ضرورة؛ كيلا يتكرر
الاستيفاء. [الكفاية ١٣٥/٩] من قبل: يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل أن تمام الرهن بالقبض. (العناية)
خلافاً لزفر: قال زفر رحمته الله: إن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض، وهو قائم، فكان ما بعد
الإبراء وما قبله سواء، ولهذا كان مضموناً بعد الاستيفاء وإن لم يبق الدين بعده. [العناية ١٣٥/٩]
لأن الرهن إلخ: هذا تعليل جواب الاستحسان بأن الرهن يهلك بغير شيء استحساناً، بيان هذا: أن
ضمان الرهن ثبت باعتبار القبض والدين جميعاً؛ لأنه ضمان استيفاء، فلا يتحقق ذلك إلا باعتبار بقاء
الدين، وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين، وهو الدين، والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم
بانعدام أحدهما، ألا ترى أنه لو رد سقط الضمان؛ لانعدام القبض مع بقاء الدين، فكذلك إذا أبرأ عن
الدين يسقط الضمان؛ لانعدام الدين مع بقاء القبض، ولما لم يبق الدين بالإبراء أو الهبة، ولا جهة الدين
لم يبق الضمان. [الكفاية ١٣٥/٩] **الموعود:** على ما مر صورته. **ولا جهته:** أي ولا يبقى جهة الدين.
إلا إذا أحدث إلخ: فحينئذ لو هلك، هلك مضموناً.

وكذا إذا أرهنت المرأة رهناً بالصدّاق فأبرأته، أو وهبته، أو ارتدت -والعياذ بالله- قبل الدخول، أو اختلعت منه على صداقها، ثم هلك الرهن في يدها: يهلك بغير شيء في هذا كله، ولم تضمن شيئاً؛ لسقوط الدين كما في الإبراء. ولو استوفى المرهّن الدين بإيفاء الراهن، أو بإيفاء متطوع، ثم هلك الرهن في يده: يهلك بالدين، ويجب عليه رد ما استوفى إلى ما استوفى منه، وهو من عليه، أو المتطوع بخلاف الإبراء، ووجه الفرق: أن بالإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا، وبالإستيفاء لا يسقط؛ لقيام الموجب، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة؛ لأنه يعقب مطالبة مثله، فأما هو في نفسه فقائم، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول، فانتقض الاستيفاء الثاني. وكذا إذا اشترى بالدين عيناً أو صالح عنه على عين؛ لأنه استيفاء، وكذلك إذا أحوال الراهن المرهّن بالدين على غيره،

لقيام الموجب [وهو العقد الذي لزم الدين به. (العناية) وهو إما القرض أو المداينة أو الإجارة وغير ذلك. (الكفاية)]: وهو الاستدانة أو غيرها، أما في الإبراء لاينعدم الموجب أيضاً، ولكن وجد المنافي، وهو الإبراء، وفي الإيفاء وإن بقي الموجب، لكن لم يوجد المنافي؛ لأن الديون تقضى بأمثالها؛ لأن الديون بعد أدائه باق على ذمة المديون، ولهذا لو أبرأ رب الدين المديون عن الدين بعد الأداء، يتمكن من استرداد ما أدى من الدين، كذا في "مبسوط خواهر زاده". يعقب: فيفضي إلى الدور. [العناية ١٣٥/٩]

مطالبة: من المرهّن المستوفى. في نفسه: وهو تكرير للتوكيد. [العناية ١٣٥/٩] الاستيفاء: أي الاستيفاء الذي كان ثبت للمرهّن بقبض المرهون. الاستيفاء الثاني: أي الاستيفاء الحقيقي، ولا يتكرر الاستيفاء. [الكفاية ١٣٥/٩] وكذا: معطوف على قوله: ولو استوفى المرهّن الدين إلخ. [البنية ٦٠/١٣]

لأنه [أي الشراء، أو الصلح]: أي لأن كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء، فيجب عليه رد الرهن إن كان باقياً، أو قيمته إن هلك في يده قبل الرد. [العناية ١٣٦/٩]

ثم هلك الرهن: بطلت الحوالة، ويهلك بالدين؛ لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء؛ لأنه يزول به عن ملك المَحِيل مثل ما كان له على المحتال عليه، أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمَحِيل على المحتال عليه دين؛ لأنه بمنزلة الوكيل. وكذا لو تصادقا ^{عقد الحوالة} على أن لا دين ثم هلك الرهن: يهلك بالدين؛ لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه، فتكون الجهة باقية، بخلاف الإبراء، والله أعلم.

في الآتي

بطلت الحوالة: لأنه لم تبق المطالبة بهلاك لتقرر الاستيفاء. (الكفاية) ويهلك بالدين: لأن الحوالة لا تسقط الدين، ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل، ولهذا يعود إلى ذمته إذا مات المحتال عليه مقلّساً. [الكفاية ١٣٦/٩] لأنه في معنى إلخ: إشارة إلى الجواب عما يقال: ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه، فكان ينبغي أن يكون بمعنى الإبراء، فيهلك أمانة، ووجه ذلك ما أشار إليه أن الحوالة وإن كانت إبراء، لكنها بطريق الأداء دون الإسقاط؛ لأنه يزول به إلخ. [العناية ١٣٦/٩]

لأنه يزول: إن كان للمحيل على المحتال عليه دين. أو ما يرجع إلخ: معطوف على قوله: ما كان له إلخ، أي يزول بعقد الحوالة عن ملك المحيل مثل ما يرجع المحتال عليه على المحيل. لأنه بمنزلة إلخ: يعني المحال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل بقضاء الدين. [العناية ١٣٦/٩] يهلك بالدين: اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف. (العناية): وذكر شمس الأئمة السرخسي في "المبسوط": وإذا تصادقا على أن لا دين بقي ضمان الرهن إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن؛ لأن الدين كان واجباً ظاهراً حين هلك الرهن، ووجوب الدين ظاهراً يكفي بضمنان الرهن، فصار مستوفياً، فأما إذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم، ثم هلك الرهن، فإن هناك يهلك أمانة؛ لأن بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل، وضمنان الرهن لا يبقى بدون الدين. [الكفاية ١٣٦/٩]

بالتصادق على قيامه: يعني بعد التصديق على عدمه؛ لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصديق على انتفائه، فتكون الجهة باقية، وضمنان الرهن متحقق بتوهم الوجوب. [العناية ١٣٦/٩] بخلاف الإبراء: راجع إلى قوله: فتكون الجهة باقية، فإنه لم يبق الدين في الإبراء، ولا جهته.

فهرس المجلد السابع

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
كتاب الشُّفعة	٣	باب طلب الشُّفعة والخصومة فيها	١٤
فصل في الاختلاف	٢٤	فصل فيما يُؤخذ به المشفوع	٢٨
فصل: وإذا بنى المشتري	٣٢	باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب	٣٨
باب ما تبطل به الشفعة	٤٨	فصل: وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع	٥٣
مسائل متفرقة	٥٦	كتاب القسمة	٦٠
فصل فيما يُقسّم وما لا يُقسّم	٧٠	فصل في كيفية القسمة	٧٦
باب دعوى الغلط في القسمة	٨٦	فصل: وإذا استحق بعض نصيب أحدهما	٨٨
فصل في المهايأة	٩٢	كتاب المزارعة	٩٩
كتاب المساقاة	١١٧	كتاب الذبائح	١٢٦
فصل فيما يحل أكله وما لا يحل	١٤٥		
كتاب الأضحية	١٥٤		
كتاب الكراهية	١٧٩		
فصل في الأكل والشرب	١٧٩		
فصل في اللبس	١٨٧		
فصل في الوطء والنظر والمس	١٩٥		
فصل في الاستبراء وغيره	٢١٣		
فصل في البيع	٢٢٤		
مسائل متفرقة	٢٣٨		
كتاب إحياء الموات	٢٥١		
فصول في مسائل الشرب:			
فصل في المياه	٢٦٧		
فصل في كرى الأنهار	٢٧٢		
فصل في الدعوى والاختلاف	٢٧٦		
كتاب الأشربة	٢٨٥		
فصل في طبخ العصير	٣٠٥		
كتاب الصيد	٣٠٨		
فصل في الجوارح	٣٠٩		
فصل في الرمي	٣٢٦		
كتاب الرهن	٣٤١		

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
باب ما يجوز ارقائه والارتمانُ به	٣٦٢	باب التصرف في الرهن والجناية عليه	
فصل: ومن رهن عبدين بألف	٣٨٧	وجنائته على غيره	٤٠٤
باب الرهن الذي يوضع على يد العدل	٣٩٣ .	فصل: ومن رهن عصيراً	٤٣٤

من منشورات مكتبة البشري

الكتب العربية

المطبوع

الهداية	(ملون)	كامل ٨ مجلدات
هادي الأنام إلى احاديث الأحكام		مجلد
فتح المغطى شرح كتاب الموطا		مجلد
صلاة الرجل على طريق السنة والآثار		التجليد بالبطاقة
صلاة المرأة على طريق السنة والآثار		التجليد بالبطاقة
متن العقيدة الطحاوية	(ملون)	التجليد بالبطاقة
"هداية النحو" مع الخلاصة والأسئلة والتمارين	(ملون)	التجليد بالبطاقة
"زاد الطالبين" مع حاشيته مزاد الراغبين	(ملون)	التجليد بالبطاقة
أصول الشاشي	(ملون)	مجلد

سيطبع قريبا بعون الله تعالى

المرفقات (منطق)	(ملون)	كافية	(ملون)
نور الأنوار	(ملون)	"دروس البلاغة" مع الأمثلة والتمارين	(ملون)
المقامات الحريية	(ملون)	الصحيح لمسلم	(ملون)
قاموس البشري (عربي - اردو)	(ملون)	مشكوة المصابيح	(ملون)
السراجي في الميراث	(ملون)	مختصر المعاني	(ملون)
نفحة العرب	(ملون)	شرح التهذيب	(ملون)
مختصر القدوري	(ملون)	شرح الجامي	(ملون)
الحسامي	(ملون)		

مطبوعات مكتبة البشري

اردو کتب (طبع شدہ)

اردو کتب (طبع شدہ)

لسان القرآن اول-ثانی	(رنگین) جلد	عربی کا معلم (حصہ اول، دوم)	(رنگین) کارڈ کور
مفتاح لسان القرآن اول-ثانی	کارڈ کور	تسہیل المبتدی	(رنگین) کارڈ کور
الحزب الأعظم ایک مہینہ کی ترتیب پر مکمل	(رنگین) جلد	تعلیم الاسلام مکمل	(رنگین) جلد
الحزب الأعظم (جیبی) ایک مہینہ کی ترتیب پر مکمل	(رنگین) کارڈ کور	عربی کا آسان قاعدہ	(رنگین) کارڈ کور
الحجامة (جدید اشاعت)	(رنگین) کارڈ کور	فارسی کا آسان قاعدہ	(رنگین) کارڈ کور
تیسیر المنطق	(رنگین) کارڈ کور	نوائے مکہ	(رنگین) کارڈ کور
علم الصرف (اولین و آخرین)	(رنگین) کارڈ کور	جمال القرآن	(رنگین) کارڈ کور
عربی صفوة المصادر	(رنگین) کارڈ کور	فضائل اعمال	مجلد
خیر الاصول فی حدیث الرسول	(رنگین) کارڈ کور	منتخب احادیث	مجلد
علم النحو	(رنگین) کارڈ کور		

زیر طبع (ان شاء اللہ جلد دستیاب ہونگی)

تفسیر عثمانی	(رنگین) جلد	بہشتی گوہر	(رنگین) جلد
خصائل نبوی شرح شمائل الترمذی	(رنگین) جلد	بہشتی زیور	(رنگین) جلد
لسان القرآن	ثالث	سیرۃ الصحابیات	(رنگین) جلد
مفتاح لسان القرآن	ثالث	تاریخ اسلام	(رنگین) جلد

PUBLISHED

To be published Shortly Insha Allah

Tafsir-e-Uthmani	Vol.I & II
Lisaan-ul-Quran	Vol.I & II
Key Lisaan-ul-Quran	Vol.I & II
Concise Guide to Hajj & Umrah	
Al-Hizbul Azam	

Tafsir-e-Uthmani	Vol.III
Lisaan-ul-Quran	Vol.III & Key
Talim-ul-Islam Complete (Coloured)	
Cupping Sunnat and Treatment	

OTHER LANGUAGES

OTHER LANGUAGES

Riyad Us Saliheen	(Spanish)
-------------------	-----------

Al-Hizbul Azam	(French)
----------------	----------